



UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO

**O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE E A VINCULAÇÃO DAS
ENTIDADES PÚBLICAS E PRIVADAS**

Sílvia Regina Becker Pinto

Orientador: Professor Doutor Paulo Otero

Tese especialmente elaborada para a obtenção do grau de Doutor em Direito,
Especialidade de Ciências Jurídico-Políticas

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



**O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE E A VINCULAÇÃO DAS
ENTIDADES PÚBLICAS E PRIVADAS**

Sílvia Regina Becker Pinto

Orientador: Professor Doutor Paulo Otero

Tese especialmente elaborada para a obtenção do grau de Doutor em Direito,
Especialidade de Ciências Jurídico-Políticas

Presidente:

-Doutor Dário Manuel Lentz de Moura Vicente, Professor Catedrático e Presidente do Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Júri:

- Doutor António Ulisses Cortês, Professora Associado
Escola de Lisboa Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa;
- Doutor João Salvador Velez Pacheco de Amorim, Professor Auxiliar
Faculdade de Direito da Universidade do Porto;
- Doutor Paulo Manuel Cunha da Costa Otero, Professor Catedrático
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Orientador;
- Doutor Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, Professora Catedrático
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;
- Doutor Luís Pedro Dias Pereira Coutinho, Professora Associado
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;
- Doutor Pedro Brito Veiga Moniz Lopes, Professor Auxiliar
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

DEDICATÓRIA

*Para Alberto Fernando Becker Pinto e
Fernanda Maitê Becker de Moura, meus
filhos amados, dos quais tanto me
orgulho.*

*Ao meu marido, Fernando Rezende de
Melo Pinto, com minha eterna gratidão
pelo incentivo, pelo apoio e pelo
companheirismo.*

RECONHECIMENTOS

Lembro-se como se fosse hoje como tudo começou. Foi numa aula de Francês, no Centro Universitário Feevale, onde tinha por colega meu filho *Alberto Fernando*, a quem falei, pela primeira vez, sobre a possibilidade de eu vir a tomar parte do Curso Avançado de Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas junto à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mal poderia eu imaginar a repercussão daquele diálogo, pois o “guri” - expressão típica de minha terra -, não sossegou um só minuto até que eu embarcasse para o além-mar, aos prantos, por deixar para trás tudo que me era mais precioso na vida, a minha família, sem a qual nada sou e nada quero ser.

Embora desde sempre tivesse dela apoio incondicional, colocava-se, ainda, o desafio da insegurança, de um horizonte infinito e incerto a perscrutar, momento em que tudo me parecia estranho, e eu não tinha certeza de que seria capaz de sobreviver a tudo aquilo.

Reconheço, sem margem para dúvidas, que o Curso de Doutorado não foi algo realizado apenas com o meu sacrifício pessoal: minha família também sofreu a minha falta, especialmente meu marido, meus filhos, minha mãe, enfim. Isso se repetiu no período de desenvolvimento da tese doutoral, por tantas vezes em que eu estive ausente, em que pese, fisicamente com eles.

Entrementes, há algo que assumiu extraordinária relevância nesse processo, notadamente pela gratidão por todos os que fizeram esse projeto possível. Eu tenho muito a reconhecer.

Sempre correndo o risco de esquecer alguém, pelo que, desde logo me penitencio, há aqueles aos quais preciso nominalmente agradecer, dizendo que são pessoas que ficarão marcadas, de forma indelével, na minha memória e no meu coração, pelo apoio que me deram.

Ao meu pai *Omar Becker* (em memória) e à minha mãe *Lucíria Becker*, agradeço por tudo que sou e pelos valores que, com humildade, me transmitiram. Minha formação humana e acadêmica jamais teria alcançado este nível, se não fossem a vida e os primeiros passos com que, segurando-me pela mão, me conduziram ao caminho do saber em que perseverei até hoje. Que bom que não nascemos prontos e que eu fui agraciada com pais maravilhosos como vocês.

Igual gratidão devoto ao meu marido, *Fernando Rezende de Melo Pinto*, pelo incondicional apoio e incentivo; por estar fazendo a travessia da vida comigo; por ter suportado minhas ausências e, sobretudo, por ter sempre acreditado na minha capacidade de crescer. Meu eterno e verdadeiro amor, muito obrigada.

Agradeço infinitamente aos meus filhos *Alberto Fernando* e *Fernanda Maitê* pelo esteio que sempre foram para mim, e por terem me estimulado e me sustentado espiritualmente nessa trilha. Sem vocês, a vida sequer teria sentido, prova inequívoca da dimensão social do ser humano que, sem os seus, não atinge a plenitude do ser. Certamente, no exercício de minha maternidade, muitas vezes deixei a desejar. Não fui perfeita. Porém, em um aspecto, eu beirei à perfeição: em ter transmitido a vocês o exemplo e a ideia de que o futuro a gente não adivinha; constrói. Não cabe em palavras o quanto eu amo vocês.

Gratidão à *Luci*, nossa “babá” - que já teve outros heterônimos -, que é a personificação da solidariedade: a ela devo, em boa medida, tudo que consegui conquistar, porque, enquanto eu me ausentava, ela se fazia inteiramente presente, dando o suporte para a minha família prosseguir sem mim. E foram muitas as vezes em que isso ocorreu.

Nesse percurso acadêmico, merecem especial agradecimento *Marcia* e *Norberto Storchi*, pessoas que, sem me conhecerem pessoalmente, me acolheram em Lisboa, me dando todo o suporte material, humano e emocional para permanecer, crescer e concluir meu objetivo em terras lusitanas. São daquele tipo de “anjos” que cruzam a vida da gente e que, inexplicavelmente, começamos a amar: gratidão eterna, meus amigos *Norberto* e *Márcia*. Vocês são, igualmente, a expressão viva da solidariedade. Prova estreme de dúvida que ela existe e decorre da própria condição humana, integrando o próprio conteúdo da dignidade como sustento.

Aqui e para a eternidade, agradeço também ao meu mestre, um pouco pai, para sempre professor, amigo e, recentemente, afilhado, *Armando Henrique Dias Cabral*, pelo exemplo de integridade moral, pelos ensinamentos ao longo da vida, do que está e não está nos livros, por ter sempre enfatizado a importância e a responsabilidade do caminho do reconhecimento, por todas as cobranças que, de fato, me colocavam na contingência de não recuar. Fez do meu o seu sonho também, tudo o que faz dessa pessoa um verdadeiro pai.

Agradeço ainda ao Professor Doutor Paulo Otero, pelos ensinamentos no decorrer do curso, por ter prontamente aceitado ser o meu Orientador nesse desafio, pela

paciência de esperar por mim, por ser pessoa por quem, pela inteligência, pela sabedoria e pela liberdade de pensar que sempre reconheceu aos seus alunos, tenho uma admiração gigante, nomeadamente, pela capacidade de questionar dogmas e “verdades” que parecem prontas e acabadas. Ele sempre tem a capacidade extraordinária de colocar em causa alguma outra leitura possível e problematizá-la. Talvez nosso espírito seja muito parecido em muitos aspectos e decorra daí um redobrado entusiasmo pelos seus escritos, pelo seu modo de compreender o ser humano e tudo que com ele se relaciona, inclusive em sua dimensão social.

A todos os demais que, de qualquer modo, concorreram para o desenvolvimento deste estudo, vocês não foram preteridos ou esquecidos. Apenas não os posso nominar, sob pena de dobrar o número de laudas da investigação. Que sorte a minha que a estrada de todos cruzou com o meu caminho. Que graça a minha ter tantos e tantos a agradecer.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	fl.08
PARTE I - O processo de afirmação histórica da solidariedade	
Capítulo 1 - O individualismo de Protágoras.....	fl.15
Capítulo 2 - O generalismo platônico.....	fl.31
Capítulo 3 - Aristóteles: o homem como um “animal” social e o bem-estar.....	fl.73
Capítulo 4 - O pensamento Estoico e seu contributo para a compreensão de indivíduo.....	fl.124
Capítulo 5 - O Cristianismo e sua influência na construção do humanismo.....	fl.130
Capítulo 6 - A descontinuidade epistemológica da Modernidade, o Estado e o resgate do individualismo.....	fl.160
Capítulo 7 - A insuficiência da liberdade jurídico-formal, a questão social, o Estado Social e o discurso solidarista.....	fl.244
Capítulo 8 - As construções sociológicas da sociedade e a solidariedade.....	fl.267
Capítulo 9 - O papel da Igreja na construção do discurso solidarista	fl.291
PARTE II - O princípio da solidariedade e a vinculação das entidades públicas e privadas	
Capítulo 1 - A solidariedade: conceito, fundamento e projeção jurídico-política como princípio jurídico.....	fl.322
Capítulo 2 - O <i>bem comum</i> segundo uma perspectiva personalista.....	fl.390
Capítulo 3 - Os deveres fundamentais e a solidariedade.....	fl.486
Capítulo 4 - A solidariedade: a quem ela vincula?.....	fl.564
Capítulo 5 - O princípio da solidariedade: uma auto ou uma heterovinculação?.....	fl.625
Capítulo 6 - O princípio da solidariedade: uma norma <i>jus congruus</i>	fl.662
Capítulo 7 - O princípio da subsidiariedade como delimitador da solidariedade na realização do <i>bem comum</i>	fl.714
CONCLUSÃO	fl.769
BIBLIOGRAFIA	fl.820

ABSTRACT

RESUMO: O processo de afirmação histórica da solidariedade acompanhou o do humanismo. Iniciou-se como reação ao individualismo de Protágoras, primeiro, por Platão, com seu generalismo, seguido por Aristóteles que, inserindo o homem na natureza, o situou como um animal que só na vivência social era livre. Houve aí um princípio de bem-estar, bem como o desenvolvimento da ideia de igualdade substancial. Dos Estoicos, herdamos a ideia de indivíduo. Mas foi no Cristianismo que se desenvolveu a ideia de pessoa, como a ideia de deveres para o com próximo, decorrentes de uma irmandade, em razão de descenderem de Deus, de quem os homens eram feitos à imagem e à semelhança. Na Modernidade, verifica-se uma descontinuidade com os *jusnaturalismos* cósmico e divino, para centrar-se no *antropológico*, emergindo teorias contratualistas do Estado, reformulando-se o conceito cristão de pessoa, agregando-se a ele a ideia de valor, de dignidade imanente e os direitos inatos oponíveis ao Estado. As insuficiências do Liberalismo fizeram surgir a questão social e, com ela, o Estado Social, conformando nova dimensão dos direitos fundamentais, que assumiram a feição de direitos de toda a humanidade no Pós-Segunda Guerra Mundial, quando em risco a extinção de toda raça humana. Os deveres da solidariedade aí encontraram uma adequada valorização. A solidariedade é uma forma de expressão da justiça. Decorre imediatamente da dignidade humana, de sua dimensão social. Ela realiza o *bem comum* e se concretiza por meio de deveres fundamentais: é autovinculante, assim como uma norma *jus cogens*, e opera segundo o princípio da subsidiariedade.

RESUMÉ. Le procès d'affirmation historique de la solidarité a accompagné celui de l'Humanisme. Il a commencé comme une réaction à l'individualisme de Protagore, en premier lieu par Platon avec un generalisme, ensuite Aristote qui, en mettant l'homme chez la Nature, il lui a situé comme un animal que seulement dans la vivence social était libre. Il y a eu un principe de bien être, aussi que le développement de l'idée de l'égalité en substance. Depuis l'Esthoïques, nous avons hérité l'idée de individu. Cependant, il a eu le Christianisme que a développé l'idée de personne avec l'idée de devoirs vers l'autre personne en décorrence d'une fraternité, parce qu'ils avaient descendu de Dieu, dont l'homme a été fait selon leur image et identité. Chez la Modernité, on voit d'une non continuité devant le *jusnaturalisme* cosmique et divine, pour qu'on se peut centrer chez l'antropologique, en apparant des théories contractualistes de l'État, pour qu' on peut réformuler l'idée chrétienne de personne, en lui ajoutant l'idée du valeur, de la dignité immanent et des droits innés, qu'on peut faire opposables devant l'État. Des insuffisances du Liberalisme a naquit la question social et, avec elle, l'État Social, d'accord avec une nouvelle dimension des droits fondamentaux, lesquelles se sont rendus à la façon de droits de toute l'Humanité, après La Deuxieme Guerre Mondiale, quand il y avait eu peur de l'extinction de toute la race humaine. Les devoirs de solidarité on y rencontré une sure valorisation. La solidarité c'est une manière de l'expression de la Justice. Elle découle de façon instantenée de la dignité humaine, de leur dimension social. Elle réalise le bien commun, et elle se concretize pour moyen des devoirs fondamentaux: elle est liée pour si même aussi que une norme *jus cogens*, et elle rend la incidence d'accord le principe de la subsidiarité.

INTRODUÇÃO

José Guimarães Rosa ou, simplesmente, *Guimarães Rosa*, escritor, diplomata, romancista, contista e médico brasileiro, nascido nas Minas Gerais, dizia que “*o animal satisfeito dorme*”. Subjaz a essa singela e poética proposição a ideia de que “*a satisfação acalma, limita e amortece*”, nos exatos termos em que nos advertiu o filósofo Mário Sérgio Cortella, em sua obra, “*Não nascemos prontos*”, ao sustentar que “*a condição humana perde substância e energia vital toda vez que se sente plenamente confortável com a maneira como as coisas já estão*”.

Sempre soubemos que essa temática estaria em pauta o tempo todo, quando, há alguns anos, nos dispusemos a enfrentar o desafio de investigar um assunto enciclopédico e ainda pouco explorado que é o princípio da solidariedade, nomeadamente em tempos inflacionários de direitos, em que a ideia de deveres não se apresenta apenas secundarizada, mas, especialmente, esquecida: “*direitos se reconhecem; deveres precisam de constituição e de conformação legislativa*”. Este era o entendimento a dominar o âmbito doutrinário jurídico.

Não nos sentíamos confortáveis com a maneira como as coisas estavam. Uma dimensão importante e indissociável da condição humana estava sendo preterida e até desprezada nesse quase esquecimento.

Contudo, estávamos conscientes de que não havia caminho fácil. Já sabíamos disso. Não por outra razão, se afigurava ali, desde logo, uma verdadeira “provocação” frente à qual não poderíamos sequer pensar em acomodação, uma vez que ela demandaria um esforço gigante, pois, de início, não vislumbrávamos nem ponto de partida, tampouco ponto de chegada, embora tivéssemos a certeza de que ninguém é refém do que já sabe e de que a Academia é o *locus* próprio da criação.

Mas era preciso fundar o caminho, cimentar suas bases para o que precisávamos, igualmente, seguir a lógica do mesmo Guimarães Rosa de que “*não convém fazer escândalo de começo; só aos poucos é que o escuro é claro*”.

De fato, somente aos poucos a escuridão se fez luz. Isso aconteceu quando compreendemos que não poderíamos tratar desse tema sem associá-lo imediatamente à condição humana.

Foi assim que o nosso grande desafio se iniciou por um longo processo reflexivo que não parava de interrogar: como teria se dado o processo de afirmação da solidariedade que hoje, reconhecidamente, se converteu em princípio da ordem jurídica

constitucional e internacional? Qual era o seu sentido, é dizer, o fazia com que ele fosse o que é? Onde ela, a solidariedade, encontraria o seu fundamento último? O que ele determinaria? Como ela se concretizaria? A quem e em que medida ela vincularia? Quais seriam seus critérios e limites de aplicação? Eis que nos surgiu um norte: tratar desses questionamentos em partes distintas. E assim procedemos.

Na primeira parte de nossa investigação, tratamos de averiguar *o processo de afirmação histórica da solidariedade*. Seguindo essa metodologia, no primeiro capítulo, buscamos analisar basicamente o individualismo de Protágoras, sua relativização de tudo e sua proposição do homem como a medida de todas as coisas, segundo um indiferentismo e uma apatia moral que desconsiderava uma ordem axiológica de valores superiores, em face da qual surgiram as primeiras oposições, inicialmente, as provenientes do pensamento de Platão.

No segundo capítulo, abordamos, então, um dos primeiros opositores do individualismo protagórico, desenvolvendo o generalismo platônico, segundo sua Teoria das Ideias (de um mundo ideal, informado por um *jus naturalismo cósmico*, onde impera uma ordem de valores superiores imutáveis, espaciais e atemporais), que despreza o mundo real - da experiência, fenomênico, aquele em que vivemos e podemos enxergar - como fonte de um verdadeiro conhecimento humano, porque o mundo dos sentidos é feito de meras aparências (que buscam imitar o mundo ideal) e estas sempre enganam. Por isso, também o corpo (físico) aprisiona a alma que, em boa verdade, é só um estorvo, pois o homem só encontra liberdade com a morte, quando do corpo se liberta.

No tópico, em que pese Platão rechaçasse o individualismo egoísta de Protágoras, intentamos verificar quais foram as efetivas contribuições platônicas para o humanismo, mormente por sua postura de que o ser humano não passa de uma aparência, algo que aparenta ser, um gênero. Nosso intuito foi o de aferir se há, de fato, na filosofia platônica, algo que se possa reconhecer, em alguma medida, como um primeiro momento histórico de afirmação da solidariedade.

Já no terceiro capítulo, voltamos nossos olhos para Aristóteles, a fim de perscrutar sua teoria acerca do homem como um “animal” social, ou seja, uma teoria que, pela primeira vez, reconhece o ser humano como racional (embora ainda o estratifique), inserido na natureza e detentor de uma sociabilidade natural; do homem como um ser originariamente gregário, sociabilidade intrínseca voltada a uma finalidade: viver melhor (do qual poderíamos extrair um princípio de bem-estar) e ser feliz; uma postura

que os antigos viam como o verdadeiro sentido de liberdade, nomeadamente, pela participação do homem na vida política.

Nesse ambiente, em que Aristóteles entendeu, em face da racionalidade humana, que o homem é dotado de livre arbítrio para que possa justamente fazer escolhas (cuja equidade ou o equilíbrio é invariavelmente o melhor caminho), e que é sempre isso que o torna responsável pelas correlatas e necessárias consequências, o Filósofo vai destacar que algumas coisas podem ser lidas, analiticamente, de mais de uma maneira, inclusive a *justiça*, que pode ser compreendida como *Corretiva* e *Distributiva*, segundo a lógica de tratar desigualmente os desiguais, naquilo em que os seres humanos são distintos. Desta proposição, não sem críticas, buscamos repercutir o que representou essa leitura aristotélica em termos de pensar numa social e política responsabilidade pelo destino do ser humano em matéria de solidariedade, não imune de críticas em alguns aspectos em que a teria acabado desprezando a ideia de liberdade individual de cada homem determinar seus próprios fins, já que só em sociedade admite poder alcançá-la.

No quarto capítulo, discorreremos sobre o pensamento estoico, para afirmar o seu contributo para a compreensão de indivíduo, especialmente porque deles advém uma ideia primeira de sustentar que, dentro de todos os homens, inclusive os escravos, existe uma liberdade interior inalienável, expressa na liberdade de pensamento, rompendo, assim, com o ideário grego que enxergava a liberdade do homem livre como sinônimo do direito de participação na vida política e de exercício dos direitos cívicos.

O pensamento estoico, enquanto precursor da ideia do homem unido a Deus, por meio da alma e da razão humana, como um ser que dele toma parte, promovendo uma espécie de nivelamento entre todos, foi averiguado sob o enfoque de sua valia para a conformação da ideia de direitos inatos e de dignidade humana (e nesse contexto, a própria solidariedade) que, adiante, restou analisado com maior rigor na Filosofia Cristã.

No quinto capítulo, o cerne na análise se deu sob o enfoque do Cristianismo, de sua influência na construção do humanismo e, por conseguinte, na formulação da ideia de pessoa e de sua dignidade imanente (tema do qual não se dissocia a solidariedade), enquanto categoria inata, baseada na ideia de igualdade perante Deus - de quem somos a imagem e a semelhança, principalmente depois de sua personificação em Cristo - tronco comum do qual decorre, segundo o Cristianismo, nossa irmandade, e de onde tal filosofia busca estruturar um dever de solidariedade que, em última instância, é ordenada pelo Deus Criador, a quem devemos obediência irrestrita.

A partir do sexto capítulo, demos ênfase à descontinuidade epistemológica da Modernidade, quando, gradativamente, o mundo ocidental foi rompendo com as ideias de um *jusnaturalismo cósmico* e de um *jusnaturalismo divino*, momento histórico em que surgiram as primeiras ideias contratualistas em torno da formação de um centro único de poder: o Estado, ou seja, de uma sociedade já não mais decorrente da dimensão social inata de cada ser humano, mas que se forma por consenso, por contrato, sob distintos fundamentos, ora apenas pela autopreservação (Hobbes), ora pela garantia da liberdade, da propriedade e da paz social (Locke), ora por um contratualismo - que ainda segue ditando as bases das democracias nos Estados de Direito do Século XXI - segundo as ideias de um “Corpo Social” e de um governo de leis, já não de homens.

Nessa perspectiva, segundo o contrato social pensado por Jean-Jacques Rousseau, as leis são criadas por homens segundo um princípio democrático majoritário (a maioria não erra), leis que os homens, portanto, como integrantes desse mesmo “Corpo Social”, dão a si próprios, estando, por isso, desautorizados a desobedecê-las, porque se cuida de uma vinculação autoimposta, ideia consolidante de um Estado formal de Direito, estruturado sob a divinização da lei escrita, ditada pela chamada “vontade geral”, com a supremacia do Parlamento, aos moldes sistematizados por Montesquieu.

Nesse capítulo, no âmbito político-jurídico, trouxemos, sem pretensão de esgotá-los, os pensamentos de Maquiavel, fazendo do poder uma teoria da justiça; de Thomas Hobbes, cujo ideário forneceu as bases do Estado Absolutista, agregando ao ideário político a finalidade de autoproteção; o pensamento de John Locke, sua perspectiva em torno do fundamento e dos objetivos do Estado de Direito, numa proposição dicotômica entre a Igreja e o Estado, e do Estado da Sociedade Civil, inaugurando-se uma fase importante em torno dos direitos fundamentais imanentes de cada ser humano, pela simples condição humana, oponíveis ao próprio poder político, uma esfera de liberdade em que não era permitido ao Estado adentrar, impondo-se, ao revés, se abster, configurando, aí, uma primeira dimensão dos direitos fundamentais inerentes a cada indivíduo, as chamadas liberdades públicas e os direitos civis, em que os homens eram considerados livres para fazer tudo aquilo que a lei não vedasse, abrindo-se ali uma linha de primazia da autonomia da vontade, uma separação absoluta entre o público e o privado, mas, ao mesmo tempo, absolutamente insuficiente para assegurar mais que uma liberdade protocolar, ideal, que, mesmo assim, serviu aos propósitos da burguesia, classe política que, em face da Revolução Industrial, enriqueceu, financiou as guerras

dos Reis contra a Igreja e, posteriormente, apresentaram a conta sob a forma de participação nas decisões políticas.

Nesse contexto, destacamos a contribuição de Immanuel Kant, ao romper com qualquer justificação da pessoa humana e do conhecimento baseados no Direito Natural, para afirmar a razão humana em duas vertentes: a razão pura, da qual extraíram conhecimentos sintéticos *a priori*, autoevidentes, e a razão prática, por meio do seu *imperativo categórico*, promovendo um divórcio entre a Moral (interna) e o Direito (sinônimo de lei e de justiça, que os homens estão obrigados a obedecer, porque se tratar de norma que eles deram a si próprios).

A abordagem, nesse sentido, faz uma crítica ao modelo liberal de Estado e das construções filosóficas em torno dele. Mesmo que nele tenha se sedimentado a ideia de direitos fundamentais inatos, que cada ser humano possui apenas pela simples condição humana, direitos que, além de imanentes, são inalienáveis e irrenunciáveis, imantados pela ideia de dignidade da pessoa humana que, sendo única, irrepetível e insubstituível, não pode ser reificada, ou seja, tratada como coisa, é dizer, como meio para obtenção de um fim, pois dotada de um valor intrínseco (e, por isso, não tem preço), o Estado liberal desconheceu qualquer dever do Estado, da Sociedade e dos indivíduos que compartilham da mesma humanidade.

Essa crítica foi acentuada no sétimo capítulo, em que a investigação é direcionada para adentrar o tema da insuficiência da liberdade jurídico-formal, para o surgimento da questão social, diretamente decorrente da Revolução Industrial, bem como apontar o quanto isso foi determinante para o surgimento do Estado Social e para o discurso solidarista.

Nesse cenário, discorreremos sobre as questões envolvendo as desigualdades substanciais que advieram do paradigma liberal, desigualdade aquelas que passaram a exigir do Estado atitude inversa, qual seja, de agir, impondo ao Poder Político um “*facere*”, um agir em concreto, para reduzir as desigualdades sociais, à medida que a realidade mostrava que a liberdade jurídico-formal gerou uma legião de miseráveis e que, sobretudo, não concretizava a dignidade da pessoa humana, que carecia, de igual modo, de uma dimensão econômica, e que o Poder Político tem uma função a desempenhar nessa tarefa, configurando, nessa ambiência, uma segunda dimensão dos direitos fundamentais, envolvente de prestações positivas no tocante à realização dos direitos sociais, culturais e econômicos, no propósito do manejo de uma distribuição de riquezas de modo a concretizar outros meandros da dignidade humana.

Nesse mesmo capítulo, ainda nos debruçamos sobre as razões da crise do Estado do Bem-Estar, que, por assistencialismo ou clientelismo, se transformou em um estado asfixiante da liberdade e da responsabilidade, por se substituir ao próprio homem no direito e no dever de conformar o próprio destino.

No oitavo capítulo, nossa pesquisa se voltou a analisar as construções sociológicas da sociedade e a solidariedade, perscrutando os pensamentos de Claude Bernard, Georges Gurvitch, Henri Bergson, Auguste Comte, Émile Durkheim, Max Weber, François Gény, acolhidas pelos desenvolvimentos teóricos dos juristas León Duguit e Maurice Hauriou.

Dentro, ainda, dos desenvolvimentos entorno do processo histórico de afirmação da solidariedade, nosso estudo dedicou o último e nono capítulo da primeira parte a verificar o papel da Igreja na construção do discurso solidarista.

Já na segunda parte de nosso estudo, voltamo-nos para responder àquelas indagações inquietantes que de início nos fizemos, no objetivo de verificar qual é o sentido da solidariedade e o que faz com que ele seja o que ela é; que sentido ela possui como princípio da ordem jurídico-política; apontar de onde a predicamos e qual é o seu fundamento último; dizer o que ela determina, como ela se realiza e como ela ganha concretização; averiguar a quem ela vincula, em que medida (ou limites) e por quê.

No primeiro capítulo, buscamos conceituar a solidariedade, como indicar o seu fundamento último e examinar a sua projeção jurídico-política.

No segundo capítulo, envidamos esforços para examinar o *bem-comum*, buscando analisar as conformações que a ideia teve ao longo da história, para, ao fim, deduzirmos uma compreensão personalista que confere primazia à liberdade do ser humano, sem descurar de uma dimensão necessariamente social imediatamente decorrente da condição humana e realizadora da mesma dignidade.

Já o terceiro capítulo enfoca os deveres fundamentais, por meio dos quais a solidariedade ganha concretude, na medida em que é através deles que se transpõe o plano teórico.

A questão da vinculatividade da solidariedade é tratada no quarto capítulo, onde discorreremos sobre a responsabilidade do Estado, como finalidade última da Política, promover a Justiça Distributiva e o bem-estar de toda a sociedade, assim como a responsabilidade de todos e de cada um pelo destino de nossos semelhantes, onde também encontra conformação os direitos fundamentais de terceira dimensão.

No quinto capítulo, predicando a solidariedade imediatamente da dimensão social do homem, como uma forma de a própria justiça se expressar, justiça compreendida como elemento constitutivo do homem e, por conseguinte, inerente à própria dignidade humana, examinamos a solidariedade como algo que não se encontra na esfera de disposição do poder nem depende de consenso humano, configurando uma verdadeira heterovinculação.

Já no sétimo capítulo, examinamos o princípio da solidariedade como uma norma *jus cogens*, imperativa e inderrogável pela vontade majoritária ou mesmo pela vontade da totalidade do poder político, segundo a ideia de uma supralegalidade ou suprapositividade, anterior ao Direito, ao Estado, à Constituição e ao próprio fenômeno constitucional, uma ordem suprapositiva condicionante da vontade do poder, apta a emancipar a humanidade de vontades inescrupulosas de poderes políticos que se afastem da ideia de que o fundamento e a finalidade do todo o poder é o homem e a sua dignidade que, em seu conteúdo jurídico, consagra a própria solidariedade, imediatamente decorrente da sociabilidade natural de cada ser humano que, entre seus elementos essenciais, além da liberdade e da segurança, contempla também a justiça, que tem na solidariedade uma de suas formas de se expressar.

Por fim, examinamos o princípio da subsidiariedade como delimitador da solidariedade na realização do *bem-comum*, segundo uma perspectiva de que o *bem-comum* se realiza em diversos níveis, embora seja ainda um mesmo e único bem, e em diversos estratos da vida social, onde a dignidade humana impede que o Poder ou um estrato social se substitua a cada um dos estratos de menor amplitude para lhes retirar a liberdade de definirem os seus fins, devendo operar segundo um caráter supletivo e de apoio, de auxílio na realização da dignidade daquele estrato que, por si só, pelas suas próprias forças, não conseguem alcançar os seus fins, em que a solidariedade deve operar como um apoio, como um auxílio, para que cada um mantenha a liberdade de conformar o seu destino.

Por derradeiro, se é certo que uma boa leitura é aquela, finda a qual, deixamos a obra apoiada um pouco sobre o colo, absortos, refletindo sobre ela, esperamos que o leitor, depois de decodificar estes escritos, permaneça insatisfeito, e prossiga nossa investigação de onde paramos, na expectativa de contribuir ainda mais para compreensão e para o desenvolvimento da dignidade do homem, nas mais amplas facetas de concretização.

PARTE I - O processo histórico de afirmação da solidariedade

CAPITULO 1 - O individualismo de Protágoras

Uma análise sobre a vinculação das entidades públicas e privadas ao princípio da solidariedade demanda, inicialmente, percorrer o caminho de afirmação histórica da própria solidariedade, isto é, examinar seu itinerário, ou, em outros termos, como ela se foi estruturando e assumindo sentido ao longo do tempo e que significado teve em cada momento histórico. Esse será o nosso primeiro passo neste estudo.

A palavra solidariedade, em sua origem linguística, provém do substantivo latino *súbditas* que, por sua vez, expressa uma realidade hegemônica de algo completo, compacto, unido, fisicamente inteiro, pleno, global, cujas partes integrantes sejam de igual natureza. *Solidus* é, nessa perspectiva, o próximo, o que é seguro.

De plano, essa compreensão nos remete a uma conclusão inarredável: solidariedade é algo *relacional*, que só se compreende na imbricação de uma grandeza com outra, de um ser com outro ser. O termo, como observa o filósofo Mário Sérgio Cortella¹, vem de “solidez”, “*daquilo que consolida e dá firmeza à vida coletiva*”.

H. Brunkhorst² nos vai lembrar que o conceito de solidariedade tem, também, fontes na ideia de unidade pagã-republicana (do grego *homonoia* e do latim *concordia*) e amizade civil (do grego *philia* e do latim *amicitia*), bem como no ideário bíblico-cristão de fraternidade, ao fundamento de que os cristãos, além da consanguinidade, são irmãos em Cristo e, por esta unidade - que será retomada no curso dessa investigação -, eles estão comprometidos (têm o dever) com o amor ao próximo que, ao fim e ao cabo, se expressa por *atitudes solidárias*.

Embora se trate de um termo polissêmico, apresentando-se com diferentes significados nos distintos contextos, seja histórico, jurídico, político, econômico, social, filosófico ou religioso, veja-se que é comum a todos eles a ideia *de reciprocidade entre os membros de um grupo* e a existência de uma base normativa, *não necessariamente jurídica* (nada obsta que seja uma base religiosa, moral ou ética, por exemplo), que os une (a família, a tribo, a cidade, as instituições em geral, o Estado ou a Comunidade Internacional, para exemplificar).

¹ In *Não Nascemos Prontos*. 14ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2012, p.73.

² In *Solidarität. Von der Bürger -Freundschaft zur Globalen Rechtsgenossenschaft*. Frankfurt/Main: Suhrkamp, 2002, p.56.

A doutrina não registra um marco histórico do surgimento da ideia em torno do conteúdo, do significado e do alcance da solidariedade, sua função enquanto valor, sua aplicabilidade e seus limites.

Seguro, contudo, que é na Filosofia, em especial, na Antiguidade Clássica, que iremos encontrar os primeiros informes sobre ela, notadamente, como um contraponto às teorias individualistas pré-socráticas, em que se destaca o pensamento de Protágoras, que afirmava a relatividade de toda verdade, o individualismo e o homem singular como a medida de todas as coisas, postura esta que, adiante, influenciou substancialmente a ideologia e o conceito de liberdade no Estado Liberal, como o conceito de dignidade humana (segundo um paradigma individualista) nesse modelo político, bem como a sua compreensão em torno dos próprios direitos fundamentais ligados ao indivíduo insulado. Cuida-se do pensamento que preconiza o homem só, isolado, com sua própria verdade e indiferente ao outro.

Os contornos em torno do valor “solidariedade” surgem, em boa medida, como uma reação ao individualismo protagonizado pelo pensamento de Protágoras (492-422 a.C.) que, pregando um *humanismo radical*, levou o individualismo ao extremo, fornecendo a matéria prima ao desenvolvimento do pensamento liberal que, diga-se, por oportuno, se mostrou de extraordinário relevo à conformação de uma dimensão subjetiva da dignidade humana, do homem como ser único e irrepetível, um todo em si mesmo, que, segundo um paradigma antropológico individualista, bastava a si próprio, postura advinda do reconhecimento protagórico do poder da razão atribuído ao homem, “enquanto ser e razão”, como observa Paulo Otero³. Sem embargo, mesmo atribuindo razão ao homem, reconhecendo-o como medida de todas as coisas, não se pode nisso reconhecer o humanismo como hoje o compreendemos.

Antes de Protágoras, como bem lembra o aludido autor, pode-se ainda identificar alguns momentos históricos em que se verificaram tentativas muito tímidas e pontuais de valorização do ser humano⁴ como “*ponto nuclear de reflexão, argumento decisivo de*

³ In *Instituições Políticas e Constitucionais*. V. I. Coimbra: Almedina, 2007, p.63.

⁴ Aqui, Paulo Otero (in *Instituições Políticas e Constitucionais*. V.I. Coimbra: Almedina, 2007, p.64) observa que se pode identificar em Demócrito (420-360 a.C.), por exemplo, um visível pendor humanitário e universalista, por ter considerado que cada homem é um pequeno mundo, e igualmente considerar que a virtude consiste em respeitar o semelhante e em ajudar os que são vítimas de injustiça; também em Eurípedes (480-406 a.C.), de onde se retira a ideia de o homem ser livre por natureza, de que são criados por Deus para serem livres, sendo que ninguém é escravo por natureza. Ainda, em Sócrates (470- 399 a.C.), ao centrar seus estudos na conduta humana, dedicando-se à reforma e a disciplina dos costumes, encontrando na razão o elemento que nos identifica como humanos, libertando o pensamento e sublinhando nossas limitações intelectuais, e enfatizando que é no conhecimentos dos próprios limites que reside a sabedoria do homem (inclusive considerando que os escravo comunga da inteligência global

discussão e critério justificativo da actuação do poder”.⁵ Isso porque a centralidade da reflexão filosófica radicava essencialmente na cosmologia, bem como se conduzia segundo uma postura cosmológica de explicação de mundo, do qual um homem era considerado nada mais que um fragmento, não obstante, por meio desse perfil cosmológico, os pensadores tenham intentado buscar uma explicação racional para a origem do homem e do universo.

Há que reconhecer, destas primeiras aproximações, o seu mérito, justamente porque, ainda ao escólio de Paulo Otero⁶, “...apesar de o pensamento pré-socrático ser ainda dominado por uma postura cosmológica de explicação de mundo, fazendo dos homens apenas uma partícula de um todo mais vasto e só subsidiariamente objeto de reflexão, nele se encontra a primeira tentativa de explicação racional da origem do homem e do próprio mundo, tal como da relação entre o homem e a divindade”.

E é justamente no contexto da *sofística* (onde se inscreve Protágoras), observa o mesmo autor, que o homem vai aparecer como titular de atributos aí conferidos por Deus. Também é nesse ambiente que desponta Protágoras com o seu *humanismo* acima dito *radical*, fundado no poder da razão, poder este conferido ao homem por ele ser dotado de inteligência, o que considera a origem do paradigma da razão humana depois retomada pelo *Iluminismo*.

A propósito da “razão” e do “inteligível”, antes da Antiguidade Clássica, importante registrar, os filósofos já haviam chegado, em relação ao problema da ciência, a uma série de posições antinômicas, na busca do conhecimento real e verdadeiro. Afinal, o que era real? O que e até onde se poderia conhecer algo, como e por quê?

Nesse cenário, logo se destacaram dois grandes pensadores que, adiante, iriam dar as bases do pensamento protagórico e sua postura individualista, sendo um deles Parmênides; o outro, Heráclito, que davam respostas diferentes a essas mesmas indagações.

Parmênides, um precursor da razão pós-moderna (tudo é relativo), contrapôs dois grandes subsistemas: o ser real e a aparência. A realidade realmente real é, em seu imaginário, apenas o ser imóvel, em puro repouso e sem movimento. Esse ser, imóvel e imutável, Parmênides simbolizou com uma esfera que não tem limites, pois se corre o dedo em torno dela e nunca se chega a um começo ou a um fim.

de todos os seres humanos, evidenciando-se coo defensor do igualitarismo), aí incluindo a razão de limitação dos próprios governantes.

⁵ In *Instituições Políticas e Constitucionais*. V.I. Coimbra: Almedina, 2007, p.57.

⁶ In *Instituições Políticas e Constitucionais*. V.I. Coimbra: Almedina, 2007, pp.62-63.

Com esse exemplo, intenta explicar que as coisas deste mundo, que percebemos e estão em movimento, nascem e morrem, e que essas coisas não são realidade, mas, sim, meras aparências e as aparências enganam.

Sobre elas, não vislumbra um mundo realmente real. Contudo, Parmênides longe está de ter sido um *pós-moderno*, porque não salvou sequer as *verdades parciais* nas coisas do mundo; sacrificou integralmente as aparências: o que não é real, não é; o que não é nada, não significa nada e não faz nada. O “*Não-Ser*” não existe e, por conseguinte, ele não pode nem mesmo ser pensado⁷. E tudo o quanto seja perceptível não passa de uma quimera, uma fantasia, uma ilusão, pura utopia.

Se pensarmos que o movimento é sempre uma passagem do “*Ser*” para o “*Não-Ser*” (o perecer), ou do “*Não-Ser*” para o “*Ser*” (nascer), e o *Não-Ser* não existe, então, em Parmênides, não existe nascer nem perecer, pois os consideram ilusões, meras roupagens. No seu ideário, quando pensamos que algo está em movimento, apenas nos iludimos com ele. Tudo é *estático*.

Conta a História da Filosofia que Parmênides foi o primeiro a levar a sério a unidade da Razão e do Ser: *Tudo é o Uno*⁸. O Todo e o Uno são o começo e o fim de toda a Filosofia, de toda a Ciência que se queria e que se entenda como a Grande Síntese, e a crítica ao seu pensamento é o fato de não ter levado igualmente a sério o momento da diversidade e do movimento (a contingência ou o princípio do caos), já que não logrou pensar o “*Não-Ser*” como algo que de certo modo “*É*” (existe). Faltou-lhe o movimento, o fluir de Heráclito.

É dele, de Heráclito, que provém, em outro giro, a descoberta da mudança e a afirmação de inexistir uma estrutura estável; não existe, em seu pensamento, nenhum “cosmos”. O mundo não constitui uma *estrutura*, mas um *enorme processo*; ele não é a soma de todas as coisas, mas a totalidade de todas as mudanças ou fatos.⁹

⁷ CIRNE-LIMA, Carlos Roberto, in *Dialética para Principiantes*. 3ª ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003, p.20.

⁸ Esse pensamento está em consonância com a explicação platônica de mundo, englobando os princípios da unidade, da dualidade (ou multiplicidade) e da coerência sobre o qual se desenvolve toda a Biologia e que ancora todo o pensamento necessitarista ou determinismo.

⁹ Antes dele, diz Karl Popper (in *As Sociedades Abertas e seus Inimigos*. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, V.2. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1974, pp. 39 e s.), a história se definia como o produto da vontade divina, segundo uma interpretação politeísta; “os deuses homéricos não desenvolveram leis gerais do desenvolvimento histórico. A preocupação de Homero é explicar, não a unidade da história, mas sua falta de unidade. Sua interpretação nos oferece um certo sentido vago de destino, mas o destino final em Homero não é revelado”. Hesíodo teria sido, no magistério do mesmo autor, “o primeiro a introduzir a noção de uma tendência geral do desenvolvimento histórico. Sua interpretação da história é pessimista; acreditava que a humanidade, em sua evolução, a partir da Idade Áurea, estava destinada à degeneração, tanto física como moral”. A partir de Heráclito, o mundo já não era mais a totalidade das coisas, o cosmos. A filosofia e a física se voltaram para a

Toda a controvérsia entre esses dois pensadores girou em torno da discussão entre *imobilidade e movimento*. Enquanto, para Parmênides, o real se identifica com o “Ser” único e imóvel, acessível só pela razão, pois todo o movimento é uma ilusão, para Heráclito¹⁰, ao contrário, a realidade se identifica com o devir múltiplo e mutável¹¹: tudo está em constante movimento; tudo flui. A realidade realmente real não é a esfera imóvel e imutável, sem limites, mas o movimento que, sem jamais cessar, sempre de novo começa.

Não há começo nem fim, e nisso as teorias de ambos os pensadores são acordes; porém, não pela imobilidade, mas, ao revés, pelo constante e infindável movimento compreendido por Heráclito. O que para Parmênides era só ilusão, para Heráclito era a realidade realmente real.

A realidade não é apenas “Ser”, mas, também, o “Não-Ser”. Ela se caracteriza, em Heráclito, por uma tensão que concilia o “Ser” e o “Não-Ser”, aparecendo, aqui, pela primeira vez na História da Filosofia, a *Dialética*. “Ser” (tese) e “Não-Ser” (antítese), são conciliadas num plano mais elevado e mais alto: a realidade realmente real constitui uma unidade sintética, que é o “Ser” em movimento (a passagem do “Ser” para o “Não-Ser” e vice-versa), ou seja, o “Devir”.

investigação da “natureza”, o material original com que o mundo fora construído. E os processos, sinaliza Popper, “*eram parte da natureza ou destinavam-se a construí-la ou mantê-la, perturbando e restaurando ciclicamente a estabilidade de uma estrutura estática*”. Com essa ideia de mudança e movimento, “*Heráclito discerne nos processos uma lei do destino inexorável, irresistível e imutável; e tendo destruído o cosmos como estrutura, o reintroduz como a ordem predestinada dos eventos no processo universal. Essa noção historicista de um destino inexorável combina-se à unidade mística do mundo, que só pode ser apreendida pela razão*”.

¹⁰ O “Pai da Dialética”, conforme Calos Roberto Cirne-Lima (op.cit., pp.21-26). Ao discorrer sobre o “Pátio de Heráclito”, Cirne-Lima destaca as bases da filosofia heraclitana, segundo a qual tudo se encontra em permanente movimento e que o movimento é a realidade realmente real. Daí a proposição de que o homem não entra duas vezes dentro de um mesmo rio, pois nem o homem é o mesmo, tampouco o rio. Reside precisamente aí a raiz da dialética.

¹¹ Protágoras de Abdera (480 a 410 a.C.), de quem a modernidade é tributária em seu individualismo, ensinou retórica na Sicília, na Itália, e em Atenas, e foi tão versado em ciências que alguns o admiravam como um deus por sua sabedoria. Caiu no ascetismo justamente por causa da doutrina de Heráclito sobre o perpétuo fluxo de todas as coisas e sobre o valor somente relativo do conhecimento sensível. Ensinou o ascetismo e o relativismo com estas palavras: “*Assim como as coisas me parecem, assim elas o são para mim; assim como elas te parecem, assim elas o são para ti pois tu és homem e também o sou*”. Há outra frase célebre sua: “*O homem é a medida de todas as coisas: das que existem, porque são; e das que não existem, porque não são*”. Essa doutrina de Protágoras não exhibe, contudo, o relativismo universal antropológico, mas o relativismo individualista que aparece manifesto nas proposições destacadas. A maior importância de Protágoras foi a de ter sido o primeiro que desenvolveu a doutrina de Heráclito que havia concebido não somente o contínuo fluxo das coisas, e que nós conhecemos algo estável como princípio deste fluxo contínuo, que é o fogo. Protágoras, de outra forma, ensinou que existe somente algo indeterminado que não se pode conhecer, e estabeleceu a impossibilidade de todo conhecimento exato, o que, a rigor, não havia feito Heráclito, abordagem que apenas tangenciamos, por não constituir o objeto central de nossa investigação.

Temos, então, em Heráclito, os primeiros traços fundamentais da *Dialética*, que, na proposição de uma mobilidade perene, não se exaure nesse único movimento, pois há *progressão*, há *desenvolvimento*, há *historicidade*, onde algo novo sempre irá surgir¹², ideia que informa, hoje, a própria compreensão de dignidade da pessoa humana que, em que pese inerente à própria condição do ser humano, é um conceito aberto, em permanente construção e aprimoramentos.

Para o que nos interessa, importa guardar que Protágoras tira da consequência destas posições a *relatividade total* do conhecimento humano: *a verdade não existe*. Cada homem é para si a medida de todas as coisas, daquelas que são o que são, como daquelas que não são aquilo que não são. Logo, se não existe a verdade, não é possível ensiná-la ou aprendê-la. As coisas são para cada homem como ele as vê. A ciência não é sensação e nem pode se identificar com ela.

Para o Sofista, o homem, enquanto ser *pensante*, basta a si próprio e por si só; o viver em sociedade não é propriamente uma necessidade, mas uma ‘opção’ humana. Nesse contexto, não existe base qualquer para afirmar que um homem deva ao seu semelhante, enquanto tal, qualquer coisa, porquanto autossuficiente em todos os aspectos, sendo em si um minimundo.

No aspecto, observa Paulo Otero¹³, que, tirante a assertiva protagórica “*que coloca o homem na métrica de todas as coisas*”, gerando um relativismo epistemológico, é

¹² Carlos Roberto Cirne-Lima (op.cit., pp.23-24) traz o exemplo da madeira e das cordas envergadas que irão formar a lira, de onde, adiante, virá música. Madeira e corda, inicialmente contrapostos, se complementam e se conciliam numa unidade mais alta, mais complexa e mais nobre. Ainda, colaciona o exemplo do amor, o eu e o tu que, nele se unindo, vão configurar o nós, onde o sentido de toda a existência passa a existir no outro. Os gregos chamavam *phília* - amor - amor de amizade. O amor, quando deixa de ser um ato unilateral, fica mais amor ainda. Fica um amor mais alto e mais nobre. É de Heráclito a ideia de que não podemos entrar duas vezes no mesmo rio, pois, em face do movimento, do devir, da realidade realmente real, o rio não será o mesmo e tampouco nós. No começo, tudo é luta e guerra; depois, há conciliação e superação. Mas, às vezes, o jogo de opostos não chega à síntese, pois, às vezes, se excluem. Por quê? Ao escólio do autor (op.cit., p.25), quando Parmênides afirma que Tudo é Uno, ele nos dá o elemento do logos universal que abrange tudo; Heráclito, ao dizer que tudo flui, que tudo é movimento de polo de opostos, fornece o elemento da dialética: o Todo e o Uno e o Tudo flui. Por isso, o autor sustenta que, em um pátio em que se queira simbolizar a Filosofia ocidental, teremos que ter, em seu centro, uma esfera de pedra (estática) que remeta ao Ser-Uno de Parmênides, com a correção balizadora de Heráclito, pois é preciso que a esfera esteja sempre em movimento (perpétuo). A consequência desta posição é clara: se tudo no mundo é puro devir, isto é, tudo flui o tempo todo, é impossível o conhecimento certo. Não há começo e nem fim, porque tudo está em constante transformação. Tese (Ser) e Antítese (Não-Ser) estão ligadas por uma tensão e são conciliadas em um plano mais elevado, por meio da Síntese (o Devir), onde, o que, à primeira vista, se opunha e se excluía, passa a constituir uma unidade sintética; onde tese e antítese estão superadas e, ao mesmo tempo, guardadas.

¹³ In *Instituições Políticas e Constitucionais*. V. I, Coimbra: Almedina, 2007, p.65.

possível extrair do contexto do pensamento que ele representava (a *Sofística*), o valor da liberdade do homem na civilização grega.¹⁴

Convém não perder de vista, entretanto, que Protágoras foi um Sofista e tudo o que os Sofistas nos deixaram foram fragmentos, citações e testemunhos, o que traz certa dificuldade e demanda reservas para avaliar, com precisão, suas concepções filosóficas e pedagógicas. Essa dificuldade aumenta sobremodo, se considerarmos que a maior parte dessas citações e testemunhos chegou até nós por meio de seus ‘adversários’ Platão e Aristóteles, que difundiram uma ideia assaz depreciativa acerca desses pensadores, como *falsos sábios*, ilusionistas do verdadeiro conhecimento, mercenários, interesseiros, dentre outros atributos pejorativos, especialmente porque cobravam pelos seus ensinamentos que, destarte, eram mesmo marcados pelo *indiferentismo moral e religioso*, pelo *oportunismo político* e pelo *utilitarismo*.¹⁵

Também é importante ter em conta que os Sofistas, enquanto espécies de professores itinerantes, não formaram, propriamente, uma *Escola Filosófica*; não desenvolveram um pensamento único que lhes fosse característico. Seguiam, não raro, direções variadas e até antagônicas; mas adotavam práticas comuns de preparação do cidadão para a vida política, por meio de técnicas de eloquência e oratória, não tendo, contudo, fundado uma doutrina única.

Mas tiveram, a exemplo do próprio Protágoras, por outro lado, o mérito de terem sido os primeiros que transpuseram o jogo de opostos da Filosofia da Natureza, de Heráclito, para o plano das relações sociais, por se preocuparem mais com a vida do povo nas cidades, com o homem concreto, época em que a aristocracia entra em decadência, na Grécia, e o poder do povo ganha cada vez mais força. O comércio, as sucessivas viagens e a conquista de novos horizontes faziam da *pólis* já não mais uma cidade isolada¹⁶, surgindo aí uma necessidade intelectual e política de rediscutir e de

¹⁴ Conforme o autor (in *Instituições Políticas e Constitucionais*. V. I, Coimbra: Almedina, 2007, p.65), esse valor era aferível pelo significado que comporta a perda da liberdade, enquanto sanção penal aplicada pela autoridade ou mesmo pelo estatuto do escravo, considerado como simples coisa, destituída de qualquer personalidade jurídica e de qualquer liberdade. Em outro sentido mais radical, observa que a contraposição entre a natureza e a convenção acabou por conduzir os sofistas a uma crítica às instituições positivas à época existentes e, a efeitos ‘revolucionários’, porquanto, negando a discriminação entre o homem e a mulher, entre os gregos e os bárbaros, os sofistas, efetivamente, colocaram em causa a escravidão e, também, o dever de obediência às leis.

¹⁵ No dizer de Nicola Abbagnano (in *La História de La Filosofía*. Tomo I. 1ª ed. Barcelona: Montaner y Simon.S.A. Editores, 1955, p.43), Protágoras foi retratado de modo irônico por Platão, em um de seus diálogos que levam o mesmo nome (Protágoras), como um homem do mundo, cheio de anos e experiências, eloquente e vaidoso e , “*en las discusiones, más preocupado de obtener a cualquier coste um éxito personal que de lograr la verdad.*”

¹⁶ CIRNE-LIMA, Carlos Roberto. *Dialética para Principiantes*. 3ª ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003, p.34.

redefinir o que era *Virtude*, o que era o *Bem* e o que era o *Mal*. A força da inércia da tradição já não servia mais como única fonte de legitimação da virtude, a dizer o que era certo e o que era errado. Em suma, o simples afirmar que “as coisas são porque são” já não acalmava as inquietações humanas.

Foram os Sofistas - e, nesse contexto, Protágoras - aqueles que primeiro buscaram dar respostas a essas questões e sua grande contribuição, além da ideia de um homem como um universo em si mesmo, foi a elaboração ulterior do jogo de opostos como maneira metódica de pensar e agir, densificando o que depois se concebeu por *Dialética*: o jogo de opostos transportado para a trama das relações sociais, significando que cada homem é (também) um polo de oposição (o ‘eu’ e o ‘outro’). E cada polo só pode ser entendido, em si, se e enquanto for pensado em relação ao seu polo oposto.

Daí a pertinência da abordagem que será mais detidamente desenvolvida, por ocasião de enfrentarmos a solidariedade, no contexto da dignidade humana, do homem como uma realidade humana individualizada, mas, ao mesmo tempo, necessária e naturalmente social.¹⁷

Nas suas relações sociais, no ideário sofístico, cada homem é apenas uma parte; para entender esse primeiro homem, é preciso vê-lo em sua relação de oposição com o outro homem. A *filésis* só se entende bem se a pensarmos em relação à *antitiflésis*; ambos os polos contrários só podem ser corretos e plenamente compreendidos, quando conciliados na unidade maior e mais elevada que é a *filia*, em que ambos estão superados e guardados.

As relações humanas são, nessa linha de pensamento, analisadas à luz do jogo de opostos também no âmbito do Direito e da Política. No Direito, ele se expressa no princípio do contraditório e se consubstancia na imprescindibilidade de o órgão de decisão sempre ouvir a outra parte e considerar os seus argumentos, acolhendo-os ou refutando-os, na decisão final. A justiça exige que a razão de cada um seja ouvida, medida, ponderada e avaliada no contexto maior da proposição sintética (a decisão de mérito). Na Política, à sua vez, o jogo de opostos exerce função essencial nas assembleias de cidades que se constituem em democracias, pois, antes que surja decisão por consenso ou por maioria (expressão, ao menos no campo teórico, da vontade geral), há (ou, ao menos, deveria haver) discussão e debate.

¹⁷ CIRNE-LIMA, Carlos Roberto. *Dialética para Principiantes*. 3ª ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003, pp.34-35.

Nessas discussões e debates ocorrem polarizações e rupturas; grupos divergem da opinião e da vontade de outros grupos, o que acarreta uma quebra de unidade que se parte, postura da qual emerge a ideia de *partidos políticos*. Teoricamente, um partido só se entende e se justifica se e enquanto contraposto a seu partido oposto. Assim, no diálogo, se faz Política.

A vontade geral, da maioria, seria a posição sintética da qual os partidos são somente pedaços¹⁸. A Política, sob esse aspecto, só existe quando há dois partidos; Política de um partido único é característica dos totalitarismos do Século XX.

Mas a ideia de uma *unidade sintética* não se amolda à postura sofista e muito menos à de Protágoras. Isso porque, embora tenham sido os sofistas aqueles que pensaram teoricamente o jogo de opostos como constitutivo e essencial das relações sociais, eles cometeram erros graves que a História não lhes perdoa até hoje, ao sustentar, especialmente Protágoras, que ambos os opostos eram verdadeiros, igualmente defensáveis, *convertendo a verdade na arte da eloquência e não da razão*.

Enquanto, na *Dialética* verdadeira, parte era apenas parte, na dialética praticada pelos Sofistas e, particularmente por Protágoras, cada polo era um todo em si, dicotômico em relação outro.

Justiça, aí, é tudo o que não podia existir, na medida em que os Sofistas incidiram em um erro teórico e ético, porque se inspiravam por uma *apatia moral* e alheia a qualquer valor. Em consequência, o senso do Direito justo e do que é correto se perdeu totalmente, pois qualquer posição era boa, desde que se possuísse desenvoltura verbal para argumentá-la.

Além disso, os sofistas atuavam mediante paga, o que tornava suas posturas ainda mais criticáveis. Afastaram-se, pois, da *Dialética*, após trazê-la para o campo das Ciências Sociais.

Com todas essas reservas, compreendamos, então, Protágoras - o mais eminente sofista e fundador da *Sofística* -, ao conferir um valor extremo à individualidade, consagrando, pela primeira vez, na Grécia, a noção de um *sujeito singular, único e irrepetível*, o que se mostra de extrema relevância à conformação de um entendimento acerca do ser humano e sua essência, do conteúdo da dignidade da pessoa humana, e ao objetivo de verificar o que é a solidariedade, qual é o seu fundamento último, como ela se expressa, qual é o seu sentido como princípio da ordem jurídica, como ela opera e em

¹⁸ CIRNE-LIMA, Carlos Roberto. *Dialética para Principiantes*. 3ª ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003, p.36.

que limites, pois, invariavelmente, terá que questionar, responder e fundamentar, ao fim e ao cabo, se, a partir do próprio homem, de sua condição de pessoa e de sua inalienável dignidade, poderemos derivar uma dimensão que necessariamente lhe complemente, isto é, que torne imanente dessa mesma dignidade o ser social, o ser solidário, por meio do qual a própria dignidade se realize. Algo que permita inferir se existe em cada ser humano, em cada pessoa, uma faceta que não lhe permita prescindir do outro para sua realização, em plenitude, e para o desenvolvimento de sua dignidade.

De qualquer modo, o pensamento protagórico precisa ser contextualizado e compreendido em seus três grandes momentos: o primeiro, que se acha na obra *As Antilogias*, onde Protágoras desenvolveu a teoria dos contrários imanentes; o segundo, que se infere de sua obra *A Verdade*, onde o filósofo teorizou sobre a relatividade de todo o conhecimento; e, por fim, o terceiro, *O Discurso do Forte*, com o qual coloca em destaque a *virtude cívica* como uma tarefa essencialmente coletiva e que, já nos antecipando, conforma a antítese da dignidade do homem, colocando primazia no Estado e no poder político, em detrimento do ser humano, para quem, ambos, Estado e Poder Político, existem e se justificam.

De qualquer sorte, na teoria dos contrários imanentes, preconizando o real como algo contraditório e enxergando nas crenças comuns dos indivíduos contradições manifestas, Protágoras imaginava que, a respeito de todas as questões, havia sempre dois¹⁹ discursos que, não obstante coerentes em si mesmos, se contradiziam.

É dizer, tanto seria possível argumentar-se ‘pró’ ou ‘contra’ determinada posição, com argumentos igualmente verdadeiros e defensáveis. Por meio dessa técnica, acreditava fosse possível explicitar tais contradições. Sua teoria não comportava síntese ou unidade sintética.

Foi justamente dessa premissa que Protágoras desenvolveu sua teoria acerca da natureza da verdade e sua ideia do *homem medida*, determinado como a consciência de si próprio que depende apenas de seu próprio produto. Se alguma vantagem para o humanismo houve nisso é que o homem medida não era por ele considerado uma *abstração metafísica*; era concreto, desvelado; aquele que está aí e que de nada depende para além daquilo que pensa e é.

Em sua ideia de *homem medida* - expressa na célebre expressão por ele cunhada: “*O homem é a medida de todas as coisas; das coisas que são, enquanto são, e das que*

¹⁹ Por vezes, o sofista foi criticado porque nada em seu pensamento explica por que são dois e não uma pluralidade de discursos possíveis numa mesma questão, por exemplo.

não são, enquanto não são” -, Protágoras preconiza que, se o homem é, efetivamente, a medida de todas as coisas, coisa nenhuma pode ser a medida para o homem.

E, a propósito da natureza da verdade, Protágoras não acreditava que fosse possível chegar-se ao conceito absoluto de todas as coisas (o que conflita com o que acreditava, por exemplo, Sócrates²⁰), porque todas as coisas são conhecidas de uma forma particular e pessoal por cada indivíduo. Não existem, por isso, verdades absolutas nem valores absolutos, imutáveis, eternos e universais.

Vê-se, portanto, que a verdade é, em Protágoras, subjetiva; *a contrario sensu*, o conhecimento não é objetivo: “*assim como as coisas me parecem, elas o são para mim, não havendo nenhum compromisso de ser o mesmo pra você*”, argumentava o filósofo. Mais que isso: mesmo que alguém quisesse concordar exatamente com o pensamento do outro, não haveria uma verdade idêntica e tal sequer seria possível: “*o que penso é um pensamento meu; toda a determinação que você der ao seu pensamento, por mais semelhante que seja ao meu, é sua*”. Por isso, no seu modo de ver, não será mesmo possível comparar e encontrar uma identidade entre o pensamento de dois indivíduos.

Não encontramos, bem de ver, na filosofia de Protágoras, uma verdade preestabelecida, fundada em uma ordem de valores eternos, separada, independente do ser humano, que esteja no mundo inteligível e que seja constituída por ideias universais, à altura, não de dignidade humana, mas, mesmo de *Bem*, de *Virtude*, de *Justiça*, de verdade etc., o que acontece justamente porque Protágoras, cético, não concebe outro mundo para além daquele em que vivemos, onde, para ele, o sujeito individual é o parâmetro de todo o julgamento, de toda a avaliação e de toda a verdade: verdade é aquilo que é determinado pela e para a consciência de cada um. É justamente a consciência de cada indivíduo que determina o que é verdade para si.

²⁰ O último sofista, cujo pensamento já, em parte, destacado em nota anterior, cunhou, também, a expressão “*só sei que nada sei*”. Sócrates foi o grande pensador da dialética e grande defensor dos assuntos morais e éticos, do jogo de opostos que se completam e se unem para formar um todo maior, sendo ele a grande voz que se levanta, em Atenas, para criticar o desvirtuamento da dialética promovido pela *Sofística*. Sócrates ensinava que a verdadeira dialética não poderia constituir em defender a verdade de ambos os polos, da tese e da antítese, para, em seguida, com o dinheiro no bolso, deixar os cidadãos entregues à perplexidade e à contradição. Na verdadeira dialética, ambas as proposições são falsas, ou melhor, são elementos parciais, pois a verdade está na síntese. Nela, primeiro é preciso argumentar exaustivamente em favor da falsidade da tese; depois, proceder do mesmo modo com a antítese, para, somente após, extrair-se, desses elementos parciais, a síntese que é verdadeira. Sócrates é o pensador da Moral e da Política e se ocupa do jogo de opostos nas relações sociais, refutando o modo errado com que era empregado pelos sofistas, restabelecendo a forma e a estrutura correta de seu emprego. Somente ouvindo ambas as partes, estabelecendo um diálogo de pessoa com pessoa, que se engendra a verdade. Para Sócrates, assim é que se faz Política numa sociedade de cidadãos livres e racionais. Só assim é que se adquire o verdadeiro conhecimento e se descobre qual das antigas virtudes não é apenas uma tradição boba e sim uma atitude moralmente correta, ou seja, uma virtude moral (Carlos Roberto Cirne Lima, in *Dialética para Principiantes*. 3ª ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003, p.39).

O princípio fundamental de sua filosofia constitui, como se vê, na proposição de que todo o objeto é determinado pela consciência daquele que o percebe e pensa²¹. Assim, o “*Ser*” não está em si, mas naquilo que for apreendido pelo pensamento. E se assim é, todo o conhecimento é limitado às aparências (o que parece a cada um), em razão do que não podemos conhecer coisa alguma com certeza absoluta: *tudo é relativo*.

Nessa perspectiva, quando afirma que o homem é a medida de todas as coisas, o sofista preconiza que cada homem seja individualmente considerado, não na sua realidade metafísica, mas na sua configuração conhecida; seu pensamento se funda num *direito natural* a partir da *ordem humana* e não *cosmológica* ou *divina*, o que se harmoniza, em certo sentido, com a ideia de uma dimensão inarredável, primordial, concreta do homem vivo e individualmente pensado.

O homem protagórico, em oposição àquela identificado no imperativo categórico kantiano²² (um homem abstrato, inserido numa ideia universal de humanidade, do qual adiante falaremos), reveste-se de concretude, um elemento sem o qual a própria dignidade humana se mostra incompreensível.

Mas importa, por ora, reter que o verdadeiro, em Protágoras, é aquilo que se apresenta aos sentidos; aquilo que satisfaz ao sentimento, ao impulso e à paixão de cada momento: o único bem é o prazer e a única regra de conduta é o interesse particular. A moral, nesse contexto, é concebida não como uma lei racional do agir humano, como uma lei que potencia profundamente a natureza humana, mas como um real empecilho que se presta a incomodar o homem.

Essa compreensão resulta, em boa medida, de uma apatia igualmente espiritual que o seu pensamento revela: Protágoras vê no homem um ser transitório; que vive apenas o momento em que está; que pensa de acordo com as circunstâncias; que vive independente de qualquer outro. Nesse contexto, a consciência não atinge, nem pode atingir o universal. Uma consciência universal, ademais, não tem qualquer serventia ao homem que, em cada momento, sob diferentes influxos e distintas circunstâncias, pensa de maneira diferente. Do mesmo modo como a natureza flui, fluem o homem e suas

²¹ Reside aí, em boa verdade, um princípio da ideia de antecipação de sentido adiante desenvolvida por Hans-Georg Gadamer (in *Verdade e Método*. Tomo I, 4ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2002, pp.416 e seguintes), ao abordar a questão dos preconceitos e compreensões, para sustentar, ao fim e ao cabo, que compreender, interpretar e aplicar fazem parte de um mesmo momento hermenêutico, premissa epistemológica seguida no presente estudo que pressupõe, antes de tudo, que a neutralidade é algo impossível a qualquer intérprete, e que, sob o aspecto metodológico, defende a instrumentalidade do Direito e na sua coerência interna e externa.

²² Entre eles, “*Ages de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como um fim e nunca como um meio*” (in *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p.59).

ideias, acompanhando o ritmo de sua transformação, pois está em constante movimento no curso do nascer e perecer (veja-se que ele não considera o *Devir*, tampouco uma dimensão humana espiritual).

Logo, na mesma medida em que o homem é transitório, todos os objetos do conhecimento humano são igualmente passageiros, provisórios e temporários. Considere-se, exemplificativamente, que os objetos sensíveis (apreendidos pelos sentidos) como visão, olfato, paladar, tato e audição, se acham sujeitos a mudanças, mudanças essas que alteram, à sua vez, o modo de o homem vê-los, senti-los, percebê-los, o que, por conseguinte, determina mudanças de pensamento.

Ora, se as coisas são como elas aparentam ser para cada um, inexistindo um valor superior e muito menos qualquer transcendência ou universalidade, é dizer, uma norma objetiva, transcendente e universal de conduta humana, nada pode ser universalmente justo ou injusto, assim como nada é bom ou mau em si mesmo. Por corolário lógico, mostra-se indiferente reverenciar ou respeitar este ou aquele ‘deus’, postura que se revela agnóstica, indiferente ou mesmo ateuista.

E Protágoras estabelece essa oposição entre a natureza e a lei, seja política, seja moral ou religiosa, porque, no seu pensamento, repita-se, não existem leis imutáveis, com esteio em um Direito Divino ou Direito Natural ou que tenha validade em si; que seja anterior e superior ao Direito convencionado pelos homens (as leis) e que, em caso de conflito, deva prevalecer. A natureza humana, sustenta, é, antes, avessa às leis, às quais os indivíduos inclusive se esforçam para conseguir se adaptar e obedecer, segundo o seu pensamento.

No seu ideário, o que existe, no que respeita às leis, é convencionalismo jurídico, é dizer, confundindo Direito e lei, afirma que as leis são *pactos* para os homens viverem em sociedade. Por constituírem ajuste, elas não encontram fundamento na natureza e nem foram, tampouco, estabelecidas pelos ‘deuses’. Qualquer conteúdo pode ser objeto de ajuste para harmonizar o convívio social. Direito é, portanto, em seu pensamento, inteiramente sinônimo de convenção e conveniência, e essencialmente forma.

As leis são, segundo essa postura, construções normativas que expressam um modelo representativo que, segundo Protágoras, é mesmo de subjugação do mais fraco pelo mais forte e, nessa medida, expressões do Poder, em cuja razão de ser não estava o ser humano, tampouco sua dignidade inviolável. Como outros sofistas de expressão²³, imaginava as leis como *criações de circunstância*, nada tendo, portanto, de

²³ Dentre os quais, Górgias, Crítias e Antífonte.

permanentes, perenes, não sendo, tampouco, conformadoras de uma ideia de justiça nem comungando a ideia de valores supremos da humanidade. Qualquer conteúdo pode se transformar, por juste e pelo poder do mais forte, em Direito válido; nesse ambiente, as leis têm caráter instável, de acordo com as exigências do governante, podendo, assim, ser produzidas de conformidade com a conveniência daqueles que se acham no poder, com olhos neles mesmos e em seus próprios interesses.

Chegar ao poder, por outro lado, reconhecidamente, dependia de habilidade retórica: a arte de convencer. O pensamento protagórico, como consequência de sua apatia moral, revela-se de um oportunismo político atroz, pois, se nada é bom ou mau em si mesmo; se não existe nada que seja justo ou injusto em si mesmo, então, *todos os meios são igualmente bons para a consecução dos fins a que cada indivíduo se propõe*: bons resultados justificam sempre, em quaisquer circunstâncias, normais e excepcionais, os meios empregados.

Não há virtude política para além da eloquência; a arte da persuasão (retórica) pode ser utilizada indistintamente para o bem e para o mal. O bom e o belo estão justamente na capacidade de oratória do governante, e, como não existem valores superiores, indeléveis, ou uma verdade universal e imutável, também não existe qualquer outro comprometimento senão com o discurso e sua unidade persuasiva: o orador deve apenas ser hábil para se fazer compreender e convencer, angariando, assim, mais e mais adeptos.

Foi a estas bases que Protágoras desenvolveu a teoria da imanência recíproca e dela inferiu, portanto, a *relatividade do conhecimento*. Essa postura veio defendida em sua obra “*As Antilogias*”, dantes citada, onde diz que, a respeito de todas as questões há dois discursos, *coerentes em si mesmos*, ainda que se contradigam um ao outro. E como não existe uma verdade objetiva, ele *acaba reduzindo a verdade à mera opinião* e admitindo que todas as opiniões sejam verdadeiras.

A equivalência das opiniões subsiste desde o ponto de vista da verdade subjetiva, podendo se converter em verdade, pela eloquência, a razão mais débil, que não era necessariamente a pior, mas constituía a própria justificação do ensino sofístico. “*La virtud en que Protágoras se professa maestro no tiene su base en el reconocimiento de una verdad única y universal, sino que es una habilidad reforzada por medio de la experiencia y comunicada por medio de la persuasión*”.²⁴

²⁴ ABBAGNANO, Nicola, in *La História de La Filosofía*. Tomo I. 1ª ed. Barcelona: Montaner y Simon.S.A. Editores, 1955, p.44.

A sagacidade, portanto, tanto nos negócios privados, ou seja, nas relações intersubjetivas, como nas relações públicas, considerando a maneira de atuar e de falar para governar o Estado, era a própria virtude, um dom, que tornava possível a vida em sociedade, sem o qual, os homens, abandonados cada um a si mesmos, pereceriam. Esse dom os homens o recebiam de geração em geração e cada um deveria adquiri-lo e conservá-lo, livremente, pela educação.

Só nessa leitura tortuosa é que ele reconhecia “virtude política” que, sendo vislumbrada como algo inato nos homens, constitui, também, a base de sua vida em sociedade. Esse dom preparava para a vida política, tal como de fato se desenvolvia, sem, contudo, ter a pretensão de majorá-la ou de conduzi-la a uma norma ideal de *justiça*, pois a educação dos sofistas tinha em foco a realidade política nos termos em que ela era, em efetivo, e não como ela deveria ser segundo uma ordem justa, razão pela qual foi compreendida como ineficaz e inferior.

De todas as considerações até aqui deduzidas, já podemos coerentemente inferir, em termos de conclusão parcial, que, se Protágoras preconizou o individualismo radical, a verdade relativa pela inexistência de uma verdade única, tampouco de uma ordem de valores superiores eternos, imutáveis e universais, conformadores de uma ordem jurídica e política, não se aproximando das ideias de ser humano, de dignidade imanente e inalienável, de direitos fundamentais e de solidariedade, ele teve o mérito de introduzir o homem de carne e osso, aquele que vive e que está aí, numa realidade concreta; de apresentar o homem como uma realidade hegemônica, representativa de algo completo, compacto, unido, fisicamente inteiro, pleno, global, cujas partes integrantes sejam de uma igual natureza: o indivíduo.

Por isso, o seu pensamento é de extraordinária relevância na construção do futuro conceito de *humanidade*, em que cada homem é compreendido como um universo em si mesmo, contendo em si a humanidade inteira, um todo dentro de um todo social, na medida em que Protágoras propõe que cada homem seja individualmente considerado, não na sua realidade metafísica, mas na sua configuração concreta, embora nada tenha dito sob que fundamentos, que elementos ou condições materiais e imateriais o homem por ele individualmente pensado teria que reunir para ser tido como pleno; para conter em si a humanidade inteira, restando patente que o Sofista tinha em mente um conceito incompleto de humanidade.

Mas, para além disso, embora defendesse que a única regra de conduta era o interesse particular e preconizasse que o homem, bastando a si próprio, vivia

independente de qualquer outro; em que pese não se possa enxergar no pensamento protagórico, qualquer reconhecimento em termos de *solidariedade*, no sentido de constituir uma forma de expressão da *justiça*, como um elemento integrante e essencial da própria condição da pessoa humana e de sua dignidade imanente, nem sobre o desenvolvimento dessa personalidade, em termos de plenitude, de realização de fins, de responsabilidade ou de dever para com o outro ou outros com quem compartilha a mesma condição humana, é impossível negar que Protágoras, sem admiti-lo, sempre pensou o homem individual sob a lógica da alteridade, da sociabilidade e da diferença, da interação e de interdependência; embora tenha negado isso em sua perspectiva de humanismo radical para individualizar o homem, o coletivo é mais que necessário: é imprescindível.

Protágoras, com efeito, em sua fundamentação se contradiz, pois, apesar de afirmar que um homem autossuficiente, bastante em si mesmo, a relação com o outro, a vida coletiva, a sociedade política são, em sua própria teoria, condição de possibilidade de sua construção filosófica desse mesmo homem que o sofista afirmou concreto e vivo, mas isolado e social por opção.

Em verdade, não é preciso muito esforço para perceber que a lógica que estrutura o seu pensamento está, substancialmente, em sintonia com a dualidade e com a multiplicidade, com o jogo de opostos que se completa, ainda que não haja aí uma verdade (ou síntese) na interação com o outro; de plano, embora o resultado da retórica que defende possa não expressar qualquer valor moral e que não se enxergue aí qualquer consciência de uma sociabilidade inata, nem de senso comum baseado em uma ordem de valores superiores a orientar e limitar uma ordem político-jurídica, nem uma postura de que devemos algo, uns aos outros, que dimana de nossa própria condição de pessoa humana e de nossa dignidade, notadamente em função de seus elementos essenciais, a verdade protagórica, mesmo subjetiva, só tem sentido se defrontada com a verdade do outro. Sem o paradigma relacional, qualquer verdade ou a arte da eloquência não teria o menor sentido e tampouco poderia se realizar, reduzida que seria a um monólogo.

Em suma, em todo o seu aspecto formal e procedimental, a lógica protagórica - em que cada polo só pode ser entendido, em si, se e enquanto for pensado em relação ao seu polo oposto - exige a sociabilidade, o ser com o outro, porquanto, sem o diálogo, nenhuma verdade se afirma, nem o “Ser-Sim” nem o “Ser-Também”.

Por mais que a teoria da verdade relativa seja marcada pelo indiferentismo moral, pela conveniência, pela arte da eloquência e da retórica, mesmo assim, um homem precisa do outro para fazer prevalecer a sua própria verdade, pois, do contrário, sequer uma tal arte (diálogo) existiria; poderíamos pensar em um monólogo, como dantes referimos, ou um discurso com o pensamento e nada mais.

Assim, a vivência social é condição de existência de sua teoria, a par de ser condição ontológica da própria realização humana e da sua humanidade, ainda que no conteúdo mínimo que sua teoria propõe. Paradoxalmente, a necessidade do outro é a grande condição de possibilidade para o desenvolvimento do humanismo radical protagórico.

Entretanto, o pensamento protagórico, seu individualismo, seu relativismo e sua apatia moral, perdem força nos ensinamentos de Platão, que, em sentido oposto, concebe verdades absolutas e eternas, um universo cósmico, e explica o mundo e o conhecimento em outras bases, tema do qual nos ocuparemos nas páginas que seguem.

CAPÍTULO 2 - O generalismo platônico

Os teóricos costumam afirmar que uma resposta completa e acabada, em termos filosóficos, nunca se mostra possível, e esgotar essa temática está longe dos objetivos dessa investigação - fazemos aqui, o uso dela apenas como recurso para alcançar nossos fins investigatórios -, inclusive porque a própria Filosofia - como o conceito de dignidade humana - é sempre um *projeto inacabado*, em permanente desenvolvimento e passível de aprimoramentos enquanto durar a História, na medida em que o Universo está em construção e a História ainda não terminou.

Tanto é assim que, sobrevivendo outra concepção de mundo, foi o que bastou para que a postura protagórica fosse altamente criticada e especialmente rebatida com argumentos filosóficos clássicos, em particular, aqueles lançados por Platão e Aristóteles²⁵, o primeiro introduzindo a ideia de uma predisposição (precedência) humana para a *generalidade*, e não para o *individualismo*. Centremo-nos, então, neste capítulo, nas contribuições de Platão (427-347 a.C.) na formulação da postura de frente ao humanismo, no intuito de verificar se e em que medida ela contribuiu para formação de uma ideia de solidariedade.

²⁵ Essa reação já se pode notar em Sócrates - muitas vezes referido como “o último sofista” por parte da doutrina -, ao se insurgir contra o desvirtuamento do jogo de opostos, estabelecendo a forma e a estrutura correta de sua aplicação que defendia nas relações sociais, enquanto pensador da Moral e da Política.

Plantão nunca empregou o vocábulo *solidariedade*, mas é possível inferir, de seu pensamento, que ele - sob influência das tendências de Esparta e Creta, cidades-Estado gregas mais voltadas ao generalismo²⁶, comparativamente a Atenas, onde prevaleciam ideias individualistas - sinalizava no sentido de ela ser o caminho para uma convivência social justa e harmônica.

A primeira oposição platônica em relação ao individualismo protagórico decorre da própria indiferença moral de que se revestiam os ensinamentos de Protágoras e dos Sofistas em geral. Tanto maior a crítica porque a arte da eloquência era desenvolvida mediante remuneração, por meio de paga, por terem os Sofistas promovido o que Almeida e Bittar²⁷ reputaram “*mercantilização do saber*”.

As críticas à instrumentalização do saber não foram apenas de ordem formal, mas, também, substanciais, especialmente pela sua apatia moral, eis que desenvolvida para mera consagração da oratória e da retórica, cenário em que não há dificuldade alguma em imaginar que a atividade judiciária devesse obedecer à idêntica primazia do poder argumentativo, com decisões (sentenças) invariavelmente influenciadas pela capacidade argumentativa e de convencimento das partes, em detrimento de construções justas objetivas, conduzindo-se para uma relativização completa da *Justiça*.

Essa relativização e subjetivação da *Justiça* se contrapunham a tudo a que se propunha o pensamento platônico, baseado em um *jusnaturalismo cosmológico*, em que

²⁶ Essa disposição platônica à generalidade está muito bem delineada em várias passagens da obra *A República* (Tradução de Pietro Nissetti. São Paulo: Martin Claret 2003, pp.23 e s.). Coteje-se, apenas a título ilustrativo, o diálogo travado entre Glauco e Sócrates, quando este indaga àquele: “*Porventura não deve ser o ponto de partida do nosso acordo perguntar a nós mesmos qual é o maior bem que podemos apontar na organização de uma cidade, aquele que o legislador deve ter em vista ao promulgar as leis, e qual é o maior mal? E depois, em seguida, inquirir se as instituições que descrevemos nos ajustam às pegadas do bem, e nos desviam das do mal?*” (op.cit., p.157). Também, quando Sócrates, no curso do mesmo diálogo, respondendo a Glauco, afirma: “*Por exemplo, quando ferimos um dedo, toda a comunidade, do corpo à alma, disposta numa só organização (a do poder que a governa), sente o fato e toda ao mesmo tempo sofre em conjunto com uma das suas partes. É assim que dizemos que ao homem lhe dói o dedo. E, sobre qualquer outro órgão do corpo humano o raciocínio é o mesmo, relativamente a um sofrimento causado pela dor e ao bem-estar derivado do prazer*”, o que leva Glauco a concluir que, numa cidade bem administrada, as coisas estão muito próximas de um homem nessas condições (op.cit., pp.157-158). Ainda é essa mesma generalidade que se depreende quando Glauco indaga a Sócrates se em outras cidades havia governantes que tratavam seus colegas de governo como amigos e outros como inimigos; ante uma resposta afirmativa, Glauco busca confirmar com Sócrates que, então, alguns pensavam e diziam que o que era dos amigos era como se deles fosse, e o que era dos estranhos lhes era alheio. A receber uma resposta afirmativa, Glauco indaga a Sócrates: “*E agora os guardiões da tua cidade? É possível que haja algum que pense e diga que algum de seus colegas lhe é estranho?*”, ao que Sócrates responde: “*De modo algum. Efetivamente, quando encontrar qualquer deles, julgará que se lhe depara um irmão ou irmã, pai ou mãe, filho ou filha, ou descendentes ou ascendentes desses*” (op.cit., pp. 158-159).

²⁷ ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo C.B, in *Curso de Filosofia do Direito*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.72.

ela, a *Justiça*, era entendida como um princípio universal imutável, inscrito na própria ordem cosmológica que a tudo regia, integrante da ideia de *Bem*.

A relativização de todos os valores e de todo o conhecimento humano era algo impensável no ideário jusfilosófico grego, notadamente, no de Platão, que rechaçava essa postura da qual Protágoras havia sido o mais notório defensor, ao difundir a *lei política* (lei produzida pelos homens detentores do poder político) como fruto da convenção e do arbítrio do legislador, por conceber a indeterminação do justo e do injusto como categorias objetivas e por inaceitar qualquer verdade universal, nem axiologia científica, e conceber a assunção da verdade segundo critérios de oportunidade e conveniência.

Importante registrar que o pensamento segundo o qual o conhecimento geral e a capacidade argumentativa significavam o poder e a virtude por excelência, constituindo-se, precisamente, a arte e a glória dos Sofistas, já havia ganhado outros contornos com Sócrates, mestre de Platão e contemporâneo do apogeu *sofista*, ao se insurgir contra essa forma prevalecente de entender o conhecimento humano, a *Justiça* e as leis das cidades-Estado, especialmente por Sócrates ter encontrado na *razão*, como referido no capítulo anterior, aquilo que nos identifica como humanos, enaltecendo o conhecimento, em especial, o autoconhecimento dos próprios limites, porquanto aí residira a sabedoria.

Em manifesta discordância com tudo o que predominava à época, Sócrates havia combatido o relativismo e o individualismo que caracterizaram a *Sofística*, ao afirmar a existência de conhecimentos verdadeiros e objetivos, insurgindo-se, em outro giro, à educação instrumental e mercantilizada até então ministrada em Atenas, dando os primeiros passos na construção de uma filosofia original, centrada no estudo da conduta humana que, preocupada com as relações ético-sociais, se voltasse para o *bem* da *pólis*, compreendido como o objetivo ou os fins últimos da vida social, ao qual deveriam se submeter todos os interesses particulares ou pessoais. O bem da *pólis* ou o *bem comum* corresponderiam ao interesse supremo de manutenção da coesão social e de prosperidade do conjunto de seus membros.

De Sócrates, pois, Platão herdou o ensinamento de que a principal maneira pela qual um homem deveria contribuir para o *bem comum* seria por meio da incondicional observância das leis políticas²⁸, deslegitimando qualquer direito de resistência ou

²⁸ Essa é a lição de Sócrates ao final de seus dias, segundo nos relata Platão (in *Apologia a Sócrates*. Traduzido por André Malta. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2008, pp.131-132). Preferindo à morte (mesmo tendo a possibilidade de fugir) a desobedecer à lei, respondeu a Críton: “Você é tão sábio que esqueceu de que, do que a mãe, do pai e todos os demais antepassados, a pátria é a mais valiosa, a

desobediência às leis convencionais, porque acreditava vivamente que as normas jurídicas *eram prescrições que conduziām à realização do interesse da coletividade*, na medida em que elas determinavam aos cidadãos *deveres éticos* (por ele tidos como *virtudes*) que, uma vez observados, levariam ao *bem comum*; sua realização (e, assim, o de todos os seus membros) passaria pela necessidade de cumprimento estrito das leis, sem qualquer perquirição de conteúdo, ainda que algumas pudessem ser, sob algum aspecto, erradas, pois, em sua percepção, cumprir a *lei era agir de acordo com a virtude*, com os ditames legais.²⁹

Por outro lado, a obediência às leis, aqui também identificadas com o Direito, ainda que injusto, se impunha como *corolário da supremacia do interesse público sobre o individual*, porquanto a lei, mesmo que maculada por algum conteúdo inadequado, *representava a vontade da maior parte da comunidade política* e a dos mais sábios, e a sua desobediência constituiria nada menos do que uma colaboração para o esfacelamento da coesão social e da ordem pública.

Lançada a semente da *supremacia do interesse público sobre o individual*, Platão levou ao extremo a ideia de supremacia do interesse público, esvaziando o interesse individual, negando-lhe qualquer valor. Ou seja, nenhum interesse do indivíduo poderia se sobrepor, em nenhuma hipótese, ao interesse do todo.

O Dicionário Houaiss³⁰ define *individualismo* como a “*doutrina moral, econômica ou política que valoriza a autonomia individual, em detrimento da hegemonia da*

mais venerável, e a mais sagrada, e mais respeitada junto aos deuses e homens que têm bom senso, e que a pátria - quando exasperada - se deve cultivar e adular e se sujeitar mais do que a um pai, e ao persuadi-la ou fazer o que ordena, e sofrer, se ela mandar sofrer algo (seja ser espancado, seja aprisionado), conduzindo-se sossegadamente, e que, se à guerra ela te conduzir para ser ferido ou morrer, que isso também deve ser feito, e é justo, e que não se deve se sujeitar nem se retirar nem se abandonar o posto, mas se fazer, tanto na guerra quanto no tribunal e em todo o lugar, o que ordena a cidade e a pátria, ou então a persuadir segundo o que é justo, e que agir com violência com a mãe e o pai não é piedoso, e muito menos ainda com a pátria?”

²⁹ Isso precisa ser contextualizado. Platão acreditava na superioridade natural de alguns homens em detrimento de outros, como em aptidões naturais superiores (natureza distinta exigia função distinta), e defendia, em face dessa crença, que só os melhores homens, aqueles mais preparados, deveriam estar à frente dos governos e da elaboração das leis da *pólis*. Confirma-se esse entendimento na seguinte passagem de sua República, quando Sócrates, dialogando com Glauco, afirma: “*Eu penso que os governantes, se realmente forem dignos desse nome, e os seus auxiliares, do mesmo modo, quererão, uns, fazer o que lhes é ordenado, os outros, dar as suas ordens, ou obedecendo eles mesmos às leis, ou criando outras à sua imitação...*” (op.cit., p.153). Logo, supunha que as leis eram ditadas em benefício da comunidade. Aliás, em favor dos governados até a mentira poderia se admitir pelos governantes. É a resposta que Sócrates dá a Glauco, por ocasião de este lhe indagar sobre a necessidade de certos remédios mais enérgicos: “*Pode acontecer que os nossos governantes precisem usar de mentiras frequentes e de dolos para benefício dos governados. Nós dissemos algures que todas essas coisas eram úteis sob a forma de remédio*” (op.cit. p. 154).

³⁰ <http://200.241.192.6/cgi-bin/houaissnetb.dll/frame>. Acesso em 13-12-2013.

coletividade despersonalizada, na busca da liberdade e satisfação das inclinações naturais”.

O termo comporta, segundo o mesmo glossário, outros significados, dentre os quais, numa leitura meramente léxica, sem qualquer conotação filosófica, política ou econômica, um certo *modus vivendi*, uma tendência ou postura que nada, em princípio, se imbrica com um sentido comum de solidariedade; antes, afirma-se como a atitude de alguém que busca viver exclusivamente para si, primando pela esfera privada da existência. Observemos que estas são apenas algumas leituras possíveis do vocábulo.

Platão³¹, no entanto, enxergou no termo um único significado: *egoísmo*³², isto é, um *defeito moral*, a seu modo de ver. No imaginário platônico, não era possível um individualismo altruísta³³, inclusive, porque o Filósofo evidencia uma tendência em identificar *Justiça* com um *ideal moral*, mas voltado ao bem geral, ao universal, e, nele a ideia mesma de liberdade: um defeito moral (o egoísmo), nesse contexto, seria algo inteiramente injusto.

Segundo Platão, os indivíduos estão *subordinados* ao interesse do todo, o que implica e exige sacrifício necessário em prol dos outros semelhantes e submissão integral dos interesses individuais em favor dos interesses do grupo. O *coletivo* - o que foi reconhecido por consenso como certo - só deve ser a personificação do *Bem absoluto* (a *Justiça absoluta*), porque almeja uma igualdade com o bem e com o justo.

³¹ Platão nasceu em Atenas, no ano de 428 a.C., em família nobre, descendência de Solon e Codro. Sabe-se pouco de sua educação e, o que neste aspecto se conhece, é por meio de Aristóteles. Desde jovem se familiarizou com a doutrina de Heráclito (o movimento). A primeira parte de sua vida foi norteadas por interesses espirituais. Após a morte de Sócrates e da restauração da democracia, Platão se voltou especialmente a pensar a vida política, meditando sobre o modo de melhorar as condições da vida em sociedade e a inteira constituição do Estado, o que concluiu que somente seria possível por meio da Filosofia, por compreender que o gênero humano não chegaria a libertar-se do mal sem, primeiramente, não ascendessem ao poder os verdadeiros filósofos; os regentes do Estado não se convertiam por azar divino em verdadeiros filósofos. Em Platão, só a Filosofia pode realizar uma comunidade humana fundada na justiça, conforme magistério de Nicola Abbagnano (in *La História de La Filosofía*. Tomo I. 1ª ed. Barcelona: Montaner y Simon S.A. Editores, 1955, p.63).

³² Aristóteles também irá censurá-lo, na *Política* (op.cit.,p.44), porém, não permitindo que ele se confunda com o amor próprio, pois este é, no pensamento aristotélico, um sentimento natural que em nada se confunde com o egoísmo consistente em gostar de si mais do que o devido.

³³ Segundo Karl Popper, teria sido justamente esse individualismo altruísta, cuja existência fora rejeitada por Platão, que formou a doutrina central do Cristianismo e tornou-se a base da civilização ocidental e o âmago de todas as doutrinas éticas que dela originaram (in *A Sociedade Aberta e seus inimigos* Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, V.2. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1974, pp.39 e s). Uma sociedade aberta é pelo autor compreendida como aquela que põe em liberdade as faculdades críticas do homem; aquela que assegura que seus líderes possam ser destituídos sem a necessidade de derramamento de sangue, por oposição às sociedades autoritárias nas quais uma violenta revolução ou um golpe de estado se faz necessário para alterar sua liderança. Perfilando o entendimento de que o conhecimento humano é provisório e falível, afirma que tal implica a necessidade de que as sociedades estejam abertas a diferentes pontos de vista. Pretensões ao domínio de certos conhecimentos e da verdade final conduzem à imposição de uma única versão da realidade e ausência de liberdade.

Por isso, o coletivo está acima das pessoas individualmente concebidas, o que deve ser compreendido dentro da Teoria das Formas, da Teoria do Conhecimento, e também da *Justiça*, em Platão, como elementos capazes de organizar a cidade para corrigir as imperfeições oriundas das particularidades, tendo por base uma educação voltada ao conhecimento verdadeiro³⁴, radicado no *Mundo das Ideias* (inteligível) e não no *Mundo Sensorial* (fenomênico) que afirmava ser uma mera representação daquele.

Em Platão, bem ao contrário do uso que lhe fez a *Sofística*, o *diálogo* não é a arte da eloquência, no objetivo de, por meio dele, fazer prevalecer a própria verdade (entre outras proposições igualmente verdadeiras ou defensáveis, pela habilidade, pela astúcia, pela educação ou pelo hábito); o *diálogo* - traço de sua obra - em vez de ser marcado pela apatia moral, pela ausência de escrúpulos e de ser visto como algo predatório, é, antes, o único meio de expressar e de comunicar aos demais a vida da investigação filosófica; e é ele, o próprio *diálogo*, que reproduz a marcha mesma da investigação que se procede lentamente e com fadiga, de etapa em etapa; o *diálogo* em muito se difere de um *discurso* que, em sua percepção, nada mais é do que um pensamento que a alma trava consigo mesma.

Sobretudo, o diálogo representa um caráter de sociabilidade, alteridade e de comunidade, uma vez que a *investigação exige esforços solidários dos indivíduos* que a ela se vinculam o que evidencia a convicção platônica de que a Filosofia não consiste em um mero sistema de doutrinas; antes, ela configura uma busca que recoloca, incessantemente, os problemas, para, a partir deles mesmos, extrair o significado e a realidade. É a via de acesso ao conhecimento científico - a única, segundo sua doutrina - uma vez que, ao contrário de Protágoras, Platão acreditava em uma verdade objetiva, em uma ordem de valores supremos, eternos, universais, atemporais e imutáveis, sem, contudo, situar essa ordem no ser humano, mas no cosmo.

Platão, em muitos aspectos, assimilou a ideia de mudança e de movimento de Heráclito³⁵, que, por esse caminho, se tornaram parte do corpo central da tradição

³⁴ Esse dualismo platônico - que preconizava um mundo da inteligência separado do mundo das coisas sensíveis foi por muitos criticado, inclusive pelo seu discípulo Aristóteles, segundo o qual, Platão seguiu um caminho ilusório ao retirar a natureza do alcance da ciência. Dessa perspectiva, o realismo aristotélico irá buscar aí uma coerência sem abandonar o mundo sensível, explorando a experiência e nele buscando o dualismo entre o inteligível e o sensível, por acreditar que o Ser existe diferentemente na inteligência e nas coisas, mas que o intelecto ativo, que é atribuído à primeira, capta nas coisas o que elas têm de inteligível, estabelecendo-se aí um plano de unidade ou homogeneidade.

³⁵ A noção de que tudo aquilo que podemos tocar e sentir na natureza flui, numa perspectiva de que não existe um único elemento básico que nela não se desintegre. Tudo o que ao mundo dos sentidos pertença é feito de um material sujeito à corrosão pela ação do tempo.

filosófica. Aliás, em matéria de movimento, como adverte Karl Popper³⁶, Platão viveu em uma época de muito maior instabilidade que Heráclito, pois atravessou um período de perceptíveis turbulências, em meio a intensas lutas e guerras; na sociedade de seu tempo, em boa verdade, *tudo estava em fluxo*. Daí que Platão sintetizou essa experiência em uma lei do desenvolvimento histórico: *toda mudança social é corrupção, decadência e degeneração*. Tudo o que há na natureza (no mundo em que vivemos) nasce, cresce, se corrompe, degenera e morre.

Enquanto Heráclito relutou frente à ideia de substituir o “cosmo” pelo “caos”, mas acabou por aceitar que a mudança inevitável é regida por uma *lei invariável*, Platão, a seu turno, foi além, porque defendeu que a degeneração implacável era passível de paralisação pela vontade moral e pela força da razão humana, detendo-se, assim, qualquer mudança política mediante a construção de um Estado dela liberto, um Estado que concebia como “perfeito” (ideal), a *República perfeita*, que não conhecia mudanças.

Para tanto, o Filósofo, imbuído da crença na existência de uma realidade autônoma por detrás do mundo que percebemos com os nossos sentidos; da fé em coisas perfeitas e imutáveis, cria a chamada *Teoria das Formas* ou *das Ideias*, que constitui a base de toda a sua filosofia, partindo do seguinte pressuposto: tudo o que é formado a partir da matéria (substância) perece (termina); mas o que é formado a partir de uma ideia (de uma forma, um modelo ou um protótipo) é eterno e imutável.

Nessa construção, o mundo de Platão, a ver pela sua obra escrita, não é uno, embora a natureza do mundo verdadeiro (ideal) seja una, como a própria natureza da alma, porque, a par daquele em que se verificam os fenômenos naturais, o Filósofo grego acredita vivamente que, antes, compartilhamos *um mundo ideal metafísico comum* onde se acham os modelos de todas as coisas; um mundo que nunca, jamais, se modifica. Acredita, portanto, que todos nós (como todas as coisas), temos origem na mesma forma³⁷, aqui compreendida como a propriedade individualizadora da coisa, o seu *modelo*, a ideia que nela não pode deixar de existir, pois é aquilo que a distingue de todas as outras, constituindo, bem por isso, a natureza real de um ser.

Para Platão, todas as coisas são feitas de *forma* (segundo uma configuração, um formato, algo que lhes dá o contorno) e *substância* (no sentido de polpa, matéria-prima,

³⁶ In *As Sociedades Abertas e seus inimigos*. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, V.2. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1974, pp. 39 e s.

³⁷ Poderíamos aqui até imaginar uma forma de bolo, que produzirá vários bolos, a partir de um modelo, de uma configuração ideal.

conteúdo), aquelas existentes no *Mundo das Ideias* e, portanto, são eternas e imutáveis; e esta, a *substância*, existente no *Mundo dos Sentidos* e, logicamente, sujeita à degeneração.

A título ilustrativo, consideremos um conjunto de homens (seres humanos, que nascem, se degeneram e morrem). Em que pesem eles não sejam exatamente iguais, sob o aspecto do conteúdo, existe algo que é comum a todos os homens e que garante que, não obstante alguns sejam altos, outros baixos, alguns mais magros outros nem tanto, enfim, independentemente das características perceptíveis em cada um, sejam todos compreendidos como homens; algo que garante que jamais teremos quaisquer problemas em identificá-los exatamente como *homens*.

Essa garantia é, em Platão, a *ideia de homem* (o gênero), desimportando a substância (matéria) de que seja feito cada exemplar. Todo homem vivo deriva da ideia comum de homem. Um homem isolado, este sim, flui, passa na exata proposição de Heráclito (é sempre transitório; tudo que podemos tocar e sentir na natureza escorre, se movimenta); logo, esse homem individualmente visto nasce, envelhece e, degenerando-se, morre; se desintegra. Contudo, o verdadeiro homem é imortal justamente pela forma de homem (a ideia, o gênero humano, o modelo, o protótipo metafísico cosmológico), pois esta nunca morre; é eterna e insuscetível de mudanças, por mais que o tempo passe e por onde quer que se ande.

Para defender essa teoria, Platão vai sustentar uma ‘dualidade’ ou uma espécie de *separação de mundos*: de um lado, um mundo físico, o mundo dos sentidos, onde situa o corpo (perecível); e do outro, o metafísico, onde ele posiciona a alma (que, por ser imortal, já viu todas as formas e as conhece todas verdadeiramente).

Esse dualismo platônico (dualismo defendido posteriormente em outros sistemas filosóficos), em que o mundo da inteligência é separado do mundo das coisas sensíveis, visa, como iremos ver, antes de tudo, a *salvar a ciência*, estabelecendo a coerência necessária entre o conceito (o *ser em si*, ou seja, *o que é algo é*) e seu objeto (o ser como o percebemos; como nos parece ser). Intenta, por assim dizer, refutar o subjetivismo da relatividade de toda verdade, para afirmar uma verdade absoluta e objetiva, ainda que no *plano ideal*.

Assim é que, nessa dualidade, Platão vislumbra um mundo que compreende como o *reino transcendente da ideia*, o da alma imortal, que é desprovido de tempo e espaço. É o reino da coisa em si, da realidade verdadeira e absoluta do “*Ser*”, de onde extrai as verdades absolutas e universais, uma ordem de valores supremos, válidos para todos os

tempos e lugares. Nele reside a forma real da coisa. A ideia - que, pela ontologia da participação que adiante veremos, existe em todas as coisas - é o princípio de ordem que determina a coisa e comanda o seu desenvolvimento.

O seu oposto, o outro mundo fenomênico (o dos sentidos), será o reino das coisas como elas nos parecem; o mundo perceptível, conforme as coisas meramente nos aparentam, constituindo uma esfera puramente enganadora do nascer e perecer, do cambiante “*Vir-a-Ser*” e, assim, do “*Não-Ser*” em si; o âmbito da mera ilusão.

O primeiro desses mundos, “o mundo inteligível” ou “o mundo das ideias”, Platão o tem como o lócus do genuíno e verdadeiro conhecimento racional, do pensamento puro e autêntico, onde reside a *verdadeira ciência*; o segundo, sendo ele “o mundo sensível”, seu objeto será sempre altamente questionável pela percepção e apreensão pelos sentidos; este sim, configurando um mundo de meras opiniões e de aparências (de ‘verdades subjetivas’ de cada um, como preconizou Protágoras).

No “*Mundo das Formas*”, diferentemente do perceptível aos nossos sentidos - e por isso mesmo inacessível ao conhecimento humano -, estão *as essências transcendentais, os valores imutáveis que devem ser realizados no mundo físico*. As ideias são, na liturgia platônica, mais reais do que os próprios fenômenos da natureza, ou seja, mais autênticas e verdadeiras do que aquilo que podemos apreender pelos nossos sentidos.

São mundos que, segundo a doutrina platônica, se apresentam em *oposição*, pois, enquanto um deles, o da coisa em si (do conceito, da ideia), é o mundo do indeterminado, do ilimitado, da *forma*, onde reina o princípio da *liberdade* e se encontra sob a *lei da finalidade* ou da *normatividade*, isto é, do “*dever-ser*” (o mundo ideal), o outro, o do ser sensível ou visível (das coisas como elas a nós concretamente se apresentam), constitui a esfera do determinado, do limitado, sendo, ao revés da liberdade, *regido pela lei da obrigatoriedade*, de causa e consequência (causalidade, ou, se preferir, um mundo onde se segue a lógica do *se-então*, típica do silogismo e da subsunção tão comuns no processo de subsunção do fato à norma: se todo homem é mortal, e Pedro é homem, então, Pedro é mortal).

No pensamento platônico³⁸, só no mundo das ideias é que reside o verdadeiro conhecimento³⁹. Nele, tudo é inteligível e racional. Tudo se sabe (porque a alma viu todas as coisas e formas antes de se juntar ao corpo).⁴⁰

³⁸ Que, neste aspecto, segue um princípio *erístico*, concebido a partir da mitologia grega de *Éris*, a deusa que personifica a discórdia, diante da qual haverá luta, combate, dúvida. A *Erística*, nesse contexto, retira

Platão sustenta não ser possível aprender o que se sabe, tampouco o que não se sabe. Não há, portanto, conhecimento racional fora do mundo das ideias. No plano físico, ao fim e ao cabo, não há conhecimento verdadeiro; nele, somente é possível recordar do que já se sabia. É isso, precisamente, o que o Filósofo vislumbra ocorrer no mundo sensível, quando atribuímos sentido às coisas (uma espécie de pré-compreensão do que a coisa é, conforme a ideia): no mundo material e sensorial, tudo que pensamos conhecer nada mais significa do que recordar o que já sabíamos ou conhecíamos do mundo das formas, por meio de nossa alma, pelas *reminiscências*. Assim, logicamente, buscar e apreender não são o mesmo que recordar.⁴¹

Nessa proposta, no mundo dos sentidos, não podemos ter senão um *conhecimento aproximado e imperfeito*, isto é, por similitude, sobre tudo o que for captado pelos nossos cinco sentidos, pois nada nesse mundo sensorial realmente é; trata-se de um mundo em que as coisas, inclusive o homem (o corpo), surgem e desaparecem, apenas aparentando ser.

Essa visão dual de mundo também se fundamenta no jogo de opostos dantes referido (o mundo do ser/real/ideal/normativo) *versus* (o mundo da imitação/do dever-ser/aparente/concreto) e já desenvolvido pelos matemáticos-pitagóricos, mais adiante

a conversação de uma mera produção de consenso nascidos de retóricas certezas ou de dissensos nascidos de dialéticas convencionais; fazendo emergir dúvidas pela apresentação de outras possibilidades de ver e de interpretar um fato ou um enunciado faz também emergir o novo da consciência crítica e a suspeita sobre o que e como se apresenta uma ideia, uma concepção ou um discurso.

³⁹ Sua teoria do conhecimento é, por isso, estruturada na Teoria das Ideias.

⁴⁰ Para explicar essa ideia, Platão se utiliza do *Mito da Estrela*. Segundo o Filósofo, as formas existem desde sempre; existiam, aliás, antes mesmo que as coisas do nosso mundo tivessem começado a existir; as formas, em sua teoria, constituem as forças ordenadoras do cosmos; portanto, antes mesmo do próprio cosmos existir, as formas já existiam e já valiam universalmente. Depois delas é que aparecem as coisas ordenadas no universo cósmico. Tais formas pré-existentes ao cosmos constituíam um mundo formado unicamente de ideias. Ele se localizava numa *estrela fictícia*. Nele também residiriam as almas individuais de todos os indivíduos que irão nascer. Também nele, as almas veem as ideias face a face e, em vendo, conhecem as determinações específicas de cada coisa. A alma, portanto, preexiste ao corpo. Quando o homem nasce em nosso mundo dos sentidos, a alma é arremessada para dentro do corpo e, em face desse deslocamento violento, acaba por esquecer tudo aquilo que havia visto ou conhecido no mundo das estrelas. Entretanto, na medida em que ele vai crescendo e se desenvolvendo, ao se deparar com as coisas, ele vai se lembrando, por reminiscências daquilo que a alma vira e conhecera no mundo das ideias. Conhecer, nessa perspectiva, é sempre uma relembração ou, em outra formulação, uma lembrança de uma ideia universal de uma coisa, na medida em que, em seu sistema filosófico, as ideias são sempre universais e imutáveis, independentes de espaço e de tempo.

⁴¹ Por isso os sofistas alijam a alma da busca e da apreensão no pensamento platônico, pois não considera a alma imortal, a busca e o aprendizado, que, pela lembrança, nos empurra para atribuição de sentido às coisas no mundo material.

retomado pelos filósofos pré-socráticos⁴²; contudo, o jogo em si, na doutrina platônica, é desenvolvido em outra metodologia.

Os opostos são proposições antagônicas como o quente e o frio, o úmido e o seco, o lento e o veloz, o grande e o pequeno ou, trazendo-o para o objeto desta investigação, o espírito e a natureza, a forma (conceito) e a substância (matéria), a parte e a contraparte, o todo e o uno, a identidade e a alteridade, a unidade e a multiplicidade, a igualdade e a diferença, o individual e o coletivo, dentre outros milhares de exemplificações possíveis.

Vista sob a ótica da Doutrina Cristã, e que será objeto de análise específica no curso deste estudo, em especial, sob o viés de sua conciliação sintética, pela crença numa descendência comum divina, um primeiro princípio, essa dualidade pode ser lida na oposição entre a alma (imortal) e o corpo (transitório e perecível, aprisionado à esfera do sensível), ou, dito de outro modo, na oposição entre o além (divino) e o aqui (humano), entre o *bem* (a alma) e o *mal* (o corpo).

De pronto, ao menos nessa leitura inicial de Platão, verifica-se que essa postura em nada se amolda àquela dos contrários imanentes de Protágoras, em que tudo é relativo e o diálogo se trava entre duas proposições igualmente defensáveis e verdadeiras.

No ideário platônico, há uma verdade única, objetiva, como uma ordem de valores supremos localizados no *Mundo das Ideias*, acima e anterior ao mundo sensorial, onde reside o verdadeiro conhecimento, e o diálogo é o meio para que os mortais cheguem até ele, por aproximação e similitude, pelo uso do intelecto. No imaginário platônico, isso se dá pelo uso da *razão*; é ela que nos permite alcançar um conhecimento seguro; o mais próximo possível da ideia (da coisa em si como ela efetivamente é; o seu conceito eterno).

Na filosofia platônica, considerando que o mundo sensível afigura-se uma mera representação do *Mundo das Ideias*⁴³, nele não se pode falar em uma verdade universal e absoluta, algo que seja imutável e comum em qualquer tempo e espaço, tampouco em uma ordem de valores superiores a orientar e limitar a vida política e jurídica, cuja centralidade repouse no homem e em sua dignidade. Sim, pois, em sua filosofia, o corpo humano em si, transitório, existente no mundo da substância, no mundo sensível e

⁴² Em nossa cultura, foram eles que se preocuparam primeiro com uma visão racional de mundo e em dizer como a natureza se origina, bem assim, como e de que ela se compõe e, nela, qual é o lugar do homem.

⁴³ Uma cadeira pintada por um pintor em um quadro e uma cadeira real, feita por um marceneiro, contém a ideia de cadeira que não reside em nenhum deles, mas da noção de cuja racionalidade não está no mundo sensorial, mas no mundo real, racional, onde se situa o verdadeiro conhecimento.

perecível, é um mal, porque aprisiona a alma, e esta é tolhida de sua capacidade enquanto permanecer a ele vinculada. Por isso, o homem só encontra a verdadeira liberdade na morte.

Mas ainda nesse cenário, sempre que a alma se vale do corpo para a contemplação de um objeto qualquer, seja por meio dos olhos, dos ouvidos ou qualquer outro sentido, ela é arrastada pelo corpo na direção daquilo que jamais permanece idêntico. Contemplar algo por meio do corpo é contemplá-lo por meio dos sentidos. É enxergar como algo parece ser e não como realmente é.

É por isso que, em Platão, enquanto a alma permanecer ligada ao corpo, ela é incapaz do puro conhecimento racional que, para o Filósofo, é o conhecimento verdadeiro, o conhecimento do *Ser imutável*, do *Bem absoluto*. O corpo desencaminha a verdade e não permite que ela seja um dado objetivo, mas, individualizado, segundo a percepção de cada um (uma verdade relativa). O corpo é um estorvo ao conhecimento verdadeiro⁴⁴, assim como à própria genuína liberdade.

Pode-se afirmar, bem por isso, que não é possível, em sua *Teoria do Conhecimento*, ver nas coisas, e nelas apreender, por meio dos sentidos, se elas são boas ou ruins em si mesmas, se são justas ou injustas, da mesma maneira que é impossível, por meio deles (sentidos), saber se elas são brancas ou pretas, duras ou moles, silenciosas ou ruidosas, pois o juízo que define um comportamento humano como moralmente bom ou ruim, isto é, o valor moral (o *bem*, o *ético*, o *justo*), ou seja, se ele corresponde a uma norma objetivamente válida, situa-se no plano das ideias, do conceito, das formas, no mundo inteligível, racional e formal, e não no mundo físico (sensível), da coisa conforme ela a nós se apresenta (onde se acham o homem, a coletividade, a normatividade jurídica e a Política), pois, aí sim, a cada um e a cada momento, ela se mostra de uma maneira diferente (e, se fosse assim, Protágoras teria razão, o que jamais Platão admitiria).

Isso porque, a coisa existente no plano ideal, como afirmamos alhures, é normativa, e a norma, enquanto valor, não se deixa perceber pelos sentidos no imaginário platônico. Esse pensamento irá influenciar substancialmente a *Teoria Pura*

⁴⁴ Fábio Konder Comparato (in *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2007, pp.15-16) adverte, com propriedade que, em Platão, “a essência do ser humano está na alma, não no corpo nem tampouco na união de corpo e alma, pois o homem serve-se de seu corpo como de um simples instrumento”. Disso, segue que “a individualidade de cada ser humano não pode ser confundida com a sua aparência, estampada em seu rosto”. Essa é a ideia que Platão opõe entre a máscara teatral (enquanto papel de cada indivíduo na vida social) e a essência individual de cada ser humano que reside na ideia de homem.

do *Direito* de Hans Kelsen e todo o Positivismo Jurídico, que propõe uma dicotomia entre Moral e Direito, identificando este como um conjunto de leis formais, cujo critério de validade independe de seu conteúdo (sobre o qual descabe ao aplicador ou intérprete qualquer juízo de valor), mas, sim, de sua emanção estatal hierárquica, ou seja, um procedimento em conformidade com uma fonte estatal formal que lhe é superior.

De sua *Teoria do Conhecimento*, Platão, em sua especulação metafísica, extrai a conclusão de que aquilo que torna as coisas moralmente boas ou ruins deve, necessariamente, ser algo que não esteja situado no mundo sensível, onde tudo é cambiante, mutável, mas que se situe em um lugar só acessível ao pensamento livre de toda e qualquer sensibilidade (avesso aos juízos particulares de valores). Só aí pode estar a verdade, a eternidade, o imutável, o universal, uma ordem superior de valores, jamais na realidade empírica (o mundo da experiência, as coisas do mundo sensível, da singularidade), pugnando pelo primado do *valor* sobre a *realidade* sensível (do ser, enquanto conceito da coisa em si) sobre o *dever-ser* da coisa como ela aparenta.

Não percamos de vista, contudo, que no ideário platônico, *tudo o quanto é reconhecido como igual pelos sentidos almeja o igual em si* (a ideia de igualdade), sem, contudo, alcançá-lo totalmente, pois as coisas do mundo sensível *anseiam* por ser tal qual às ideias que, como *modelos*, lhes têm precedência na ordem normativa formal e espiritual (no mundo do *ser*), inclusive o próprio Estado (até a República por ele imaginada como a ideia perfeita de Estado).

Em outra formulação, trata-se da oposição entre verdade e opinião, razão e sensibilidade, sendo que Platão coloca como objeto próprio da razão o ser em si mesmo, ou seja, a ideia que servirá como *paradigma* a ser alcançado no plano material ou no mundo dos sentidos. O valor em si não está aqui, na existência concreta, mas num mundo idealizado e que deve ser *imitado*, perseguido (uma espécie de “como se fosse”).

Platão dicotomiza esses mundos que, muito embora um tenha a pretensão de imitar o outro, em seus escritos nunca chegam a se tangenciar. Nem Platão explica como, na prática, eles chegam à aproximação ou à imitação, muito menos à conciliação preconizada em sua dialética.

Se a sensibilidade está ligada ao corpo e este se configura antes um impedimento que uma ajuda para que a verdade seja buscada, a busca em si reclama que a alma se separe do corpo tanto o quanto seja possível, a espera da morte, com a qual tal separação se dará completamente. Lógico é concluir que não há verdadeira sabedoria no plano dos sentidos, somente a sua busca.

Nicola Abbagnano⁴⁵, a este propósito, sustenta que, em Platão, “*La sabiduría en su gradu más alto es ciencia; en su grado más bajo es opinión verdadera*”, distinguindo esta daquela, porque lhe falta segurança absoluta, uma vez que ela não permanece firme na alma e pode se mover. Quando as opiniões verdadeiras se concatenam entre si por meio da razão (diálogo), elas se consolidam e se convertem em ciência. A ciência é, então, o ponto mais alto ao qual o estudo deve visar, e a busca deve se fazer surgir da recordação.⁴⁶

Eis um dos pontos mais altos do saber, segundo Platão, qual seja, *o conhecimento pela razão*. A razão, usada corretamente, conduz às opiniões ou percepções que são certas, e os objetos apreendidos por meio de ideias racionais, universais e verdadeiras, das formas que constituem o mundo real imutável, são as mais próximas da verdade, do bem e do justo no mundo fenomênico.

No modo de Platão compreender o mundo, existe uma ideia principal, aquela à qual todas as demais ideias se subordinam e da qual todas as demais retiram a sua validade: esta é a ideia do *Bem absoluto*⁴⁷. Dentro da ideia do *Bem absoluto* está contida a noção de *Justiça*, cujo conhecimento - saber o que é - busca, o Filósofo, em quase todos os seus diálogos. A *ideia* precede a *realidade*, assim como a *Justiça* (que faz parte da ideia de *Bem absoluto*) precede o *Direito* posto (justiça é, portanto, uma ideia exterior ao Direito, e não seu elemento essencial). A *Justiça* que o filósofo preconiza se fundamenta na compreensão de como os homens devam ser tratados, ou seja, de modo condizente com a *ideia transcendente de Bem*, da qual ideia de justiça participa. Poderíamos daqui extrair uma teoria de participação (a justiça participando da ideia de bem), mas ainda não faria parte necessariamente integrante da essencialidade do Direito.

Mas Platão tenta justificar isso. Como o mundo físico constitui uma representação do mundo das ideias, essa separação entre alma e corpo, entre o plano real e o plano concreto, não é assim tão radical, ao fim e ao cabo, porque, segundo Platão, as *ideias*

⁴⁵ In *La Historia de La Filosofia*. Tomo I. 1ª ed. Barcelona: Montaner y Simon.S.A. Editores, 1955, p. 76.

⁴⁶ Necessário dizer que essa teoria do “apreender” deixa em aberto muitos aspectos historicamente controvertidos no pensamento platônico. Por exemplo, se o aprender é um despertar, mediante uma recordação, que valor ele tem em relação ao conhecimento sensível? O objeto da ciência não tem nada a ver com o mundo sensível? É possível demonstrar o pressuposto da imortalidade da alma? O objeto da ciência seria algo que não teria nada a ver com o mundo sensível? Se o mundo das ideias é o mundo real, o do Bem, absoluto, e de lá extraímos toda a sua forma, o conhecimento de seu sentido, como podemos explicar o sentido do mal, isto é, de onde o extraímos verdadeiramente? Muitos desses questionamentos encontram-se, aporéticos, sem respostas até hoje e talvez tivessem sido respondidos naquelas “Doutrinas não-escritas” de Platão e se constituem em patrimônio de sua Academia.

⁴⁷ Que corresponde, na Teologia, à ideia de Deus.

são, em sua teorização, *critérios e princípios de juízos* (valores) das coisas naturais e, ao mesmo tempo, causa dessas mesmas coisas.⁴⁸

Ele entende, dentro de sua doutrina do conhecimento e sua compreensão dualista de mundo, que, para julgar se duas coisas são iguais, nos servimos da *ideia do que seja igual*, que é a *igualdade perfeita* e que só por *adequação* se amolda às igualdades sensíveis. Da mesma maneira, para julgar o que é bom, belo, justo, santo, o *critério* nos remete à ideia correspondente, ou seja, ao ser em si desses conceitos existentes no mundo das formas. As ideias, portanto, não são só formas básicas de valorações, *mas elas mesmas são valores*.

Além disso, elas só podem ser, na visão do Filósofo, *as causas da realidade sensível*, pois, no seu imaginário, é impossível explicar os fenômenos por meios de causas naturais, na medida em que cada um deles está ordenado e disposto do modo que melhor possa ser, e sua verdadeira causa é, pois, somente a razão pela qual é melhor que aquele fenômeno esteja disposto daquela maneira.

Com isso, Platão quer dizer que, para entender um fenômeno, é necessário saber qual é sua razão (o que é o melhor para ele⁴⁹), de maneira que o valor e o bem são a verdadeira causa e a razão de todas as coisas: o valor e o bem são a ideia mesma que, segundo seu raciocínio, *a causa das coisas naturais e a razão que as explicam*.

Nesse diapasão, o que é (aos sentidos) belo, o é porque participa da ideia do belo em si mesmo; o justo o é porque participa ideia do justo em si mesmo e assim por diante, na determinação de qualquer outra medida, pois *as ideias são o critério subjetivo de valoração das coisas*, precisamente, porque são o seu *ser em si* (conceito). São, a um só tempo, o *ser* e o *bem*, estes, a seu turno, *valores objetivos supremos*.

Essa objetividade - *o ser em si* - não exclui a relação com as coisas naturais; antes, estas são o efeito de suas causas, o princípio da realidade e do valor que as mesmas possuem, e a teoria da imortalidade da alma é justificada pela *Teoria das Ideias*, pois tal

⁴⁸ Essa ideia Platão exterioriza em **Fédon**, em que o Filósofo relata os últimos ensinamentos de Sócrates, antes de tomar a cicuta, pois fora condenado à morte pelo Estado. O diálogo "Fédon", não pertence, pois, cronologicamente, à fase "socrática" de Platão (o que se afirma pelos critérios cronológicos anteriormente mencionados), mas teria sido produzido já da maturidade do Filósofo, em época posterior ao julgamento e à morte de seu mestre do qual usa apenas a imagem para difundir seu próprio projeto filosófico. Em "Fédon", os discípulos de Sócrates o cercam nos últimos instantes de vida, sofrendo muito, parecendo por todo o tempo não entender a mensagem principal do mestre: que a morte é uma escolha, já em vida, de quem é filósofo, já que o exercício próprio dos filósofos é, precisamente, libertar a alma e afastá-la do corpo ("alma", aqui, parece ter um sentido cristão, mas de "psiqué", no original grego, ou "anima", que, em latim, significa aquilo que dá animação e que pode ser traduzido também como "vida").

⁴⁹ Já que "cada um deve executar a sua tarefa específica de acordo com a sua natureza" (**A República**. Tradução de Pietro Nissetti. São Paulo: Martin Claret 2003, p.47) e já que nela cada função há de ser exercida pelos mais capacitados por natureza.

qual é a alma, ou seja, invisível, indestrutível, porque ela também participa da própria ideia de *vida*. Daí porque o fenômeno da *morte* não lhe acarreta dano qualquer, uma vez que a alma não pode morrer, eis que conservada na inteligência. Isso também explica seu desprezo ao corpo que a aprisiona.⁵⁰

Também é por isso que, na liturgia platônica, o homem é *homem* porque participa da ideia de *homem*, um gênero (generalidade), de modo que um homem isolado, como qualquer exemplar existente em nosso mundo concreto, não é o homem real, mas uma aparência, um fenômeno natural que, como todos os outros, nasce, perece e morre. Também por isso é que a esse homem existente no mundo dos sentidos Platão não atribui valor qualquer, salvo na generalidade de uma vivência coletiva.

Entretanto, Platão propõe, com sua doutrina, demonstrar que, no mundo concreto, perceptível, a vida deve ser pautada pela ética (segundo uma ideia de *bem*, onde reside uma espécie de “*consciência moral*” e o próprio conceito de *Justiça*), porque assim o é em sua essência; a ação humana deve refleti-la, notadamente, no que respeita à realidade social.

A ética platônica está intimamente ligada à sua filosofia política, lugar próprio para o desenvolvimento de uma vida moral, onde Platão identifica a sabedoria, a coragem, a temperança e a justiça como as principais qualidades morais, qualidades que desempenham a sua função no comportamento ético em relação ao *bem comum*, em relação à coletividade.

A este propósito, Hans Kelsen⁵¹ pontuou que “*seria um exagero afirmar que as diversas oposições com as quais a filosofia platônica opera possuem outro sentido que não o ético. Se não é o único, esse sentido ético é, no entanto, o sentido primordial do dualismo platônico, a camada mais profunda de seu pensamento, na qual, como no solo que os nutre, tudo o mais deita suas raízes. O dualismo ético do Bem e do Mal é, por assim dizer, o mais interior dos anéis, circundado pelos dualismos epistemológico e ontológico que nele se emaranham e nele brotam*”.

Segundo Platão, o *bem* não é mera existência, mas está além da existência em dignidade e poder. O *bem* de Platão é, na realidade, o *bem do mundo*; é para onde ele direciona todas as almas e todos os homens, o transcendental, o *bem* que está além do dever-ser e é aquilo que os indivíduos almejam e buscam alcançar.

⁵⁰ O que revela uma postura anti-humanista, mesmo que sua teoria seja altamente explicativa da Santíssima Trindade (Deus-pai, Deus-filho e Deus-espírito santo) e contenha, em si, uma boa explicação de *vida eterna*.

⁵¹ In *Ilusão da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p.7.

Esse dualismo - ainda segundo Hans Kelsen - que encontra seu último sentido na oposição entre o *bem* e o *mal*⁵², onde quer que ele surja em Platão, afigura-se como uma oposição de valores, com separação entre um mundo superior e outro inferior, uma religião do valor e do desvalor, onde o ético ostenta primazia, onde o *bem* (o valor moral) assume sua ideia central e subordina tudo o mais, mas nisso não reconhecendo qualquer centralidade desse bem no ser humano individual.

Dentro dessa mesma linha de raciocínio, se não é possível identificar perfeitamente, no mundo fenomênico, o conceito de *justiça*, segundo Platão, ao menos podemos nos aproximar de um entendimento acerca dela pela razão e reflexão filosófica: a *justiça* é virtude (um valor) que, no mundo sensível (no aqui), só pode ser conhecida porque a alma dela se recorda, em forma de reminiscências, conhece o seu sentido por já tê-la visto no mundo inteligível (no além) eis que “*somente a alma é capaz de chegar àquele espaço transcendente no qual a virtude existe*”⁵³, agora, não mais como qualidade subjetiva, segundo a percepção do *Ser*, mas como uma *substância objetiva* (a matéria imitando a forma/o valor). O conhecimento da *justiça*, portanto, também conduz à doutrina das ideias, estas apreensíveis por meio da alma, através da razão dialogada e consensual.

No livro I da *República* de Platão⁵⁴, o Filósofo trava uma discussão sobre a natureza da *justiça* (que é boa em absoluto, pois participa do *Bem*) com Sócrates e tenta

⁵² Na doutrina do conhecimento, Platão se encontra em sua situação aporética: como explicar o Mal no mundo sensível? Se o conceito e o valor está no mundo das ideias, das coisas em si, nele, também, se situaria a ideia de mal? Haveria um princípio do Mal? Ora, tratando, Platão, tão largamente do Bem, seria corolário lógico que se suscita, também, o problema do Mal, tanto numa concepção de um mal natural como de um mal moral, já que o mal, no mundo empírico, deveria, por igual, configurar uma mera representação do mal cujo conceito residiria, ao menos em tese, no mundo das ideias. Porém, Platão se cala a respeito. Em nenhum lugar de seu pensamento concedeu lugar para o negativo. No entanto, no seu idealismo, não o fez perder de vista o fato do mal, em que pese em seu sistema filosófico o Mal não entre em nenhuma categoria, na medida em que o ser que Platão reconhece como verdadeiro e real é só o ser ideal. O Mal é uma realidade, mas não é “justo”; logo, não é um ser ideal. Mas por que, impõe-se forçosamente perguntar, existe no mundo o mal (o oposto do bem)? A resposta de Platão será: “pelo Mal moral” e é o homem o seu responsável. Deus é sem culpa. O mal físico, aqui compreendendo a doença, o sofrimento, a miséria e a morte, entre outros, o seu fundamento está limitado ao mundo visível. A matéria, como tal, é má. Adiante, ele irá buscará superar esse dualismo por meio da dialética.

⁵³ Op.cit., p.49.

⁵⁴ Nicola Abbagnano (in *La História de La Filosofía*. Tomo I. 1ª ed. Barcelona: Montaner y Simon S.A. Editores, 1955, pp. 64-67) faz importantes ressalvas concernentes à vida e ao ideal político de Platão, ao problema da autenticidade de seus escritos. Primeiro, que há referências sobre uma suposta viagem de Platão ao Egito, após a morte de Sócrates, mas nada se sabe ao certo em torno de tais viagens, exceto que há, em seus diálogos, diversas referências à cultura egípcia. A biografia do Filósofo faz certo que este, na Itália meridional, onde conheceu as comunidades pitagóricas. De lá, pelo receio de seus projetos de reforma política, Platão teria sido vendido como escravo, em Siracusa, em princípio, por Dionísio, sobrinho de seu amigo Dion. Anniceres de Cirene o teria resgatado. A tradição relaciona esse feito à fundação, por Platão, da *Academia* em Atenas. Também chama a atenção sobre a autenticidade dos diálogos, não raro, considerados espúrios e não autênticos. Alguns chegam a colocar em questão se

encontrar-lhe uma definição, porquanto, certo de que, para praticá-la, antes é necessário saber o que é, e tal definição, como decorrência lógica de toda teorização platônica, só pode ser extraída do mundo inteligível, na medida em que só nele é possível conhecer verdadeiramente algo.

Sócrates, no tal diálogo, afirmará que o mais precioso no homem é sua alma racional e que, graças à razão, ele pode ser justo e praticar a virtude (sabedoria, força ou temperança e a justiça). “*A ignorância e a irracionalidade são expressões e causas da violência*”⁵⁵. No entanto, nem na aludida conversa - e em nenhum outro diálogo -, o Filósofo logra explicitar essa definição, embora seja possível haurir de seus escritos que o injusto (que é mau em absoluto) pode ser definido pela experiência daqueles que não conhecem a *justiça* (*a contrario sensu*, o injusto); como fruto da ignorância e da irracionalidade das pessoas (suas causas)⁵⁶, na medida em que Platão discrimina os indivíduos entre superiores e inferiores, uma das razões que levam Paulo Otero⁵⁷ a referi-lo como um dos primeiros autores a conceber um modelo totalitário de sociedade política, não somente por estratificar os seres humanos, mas, também, pelos seus desenvolvimentos quanto à obrigatoriedade de obediência do homem perante a vontade do Poder.

Nessa ordem de ideias, observe-se que, em Platão, como a *justiça* precede o *Direito* (ela não o integra; este apenas almeja imitá-la), que dela participa pela ideia do justo, o formalismo do Direito posto se explica. Em seu pensamento, a norma jurídica

Sócrates realmente existiu ou se existiu só no imaginário de Platão, temática em que não iremos nos aprofundar por conduzir para muito além da proposta da pesquisa. Outro aspecto que se apresenta problemático diz com a cronologia dos escritos de Platão. Nem em sua idade mais avançada, Platão quis escrever uma exposição mais vanguardista de seu sistema. Além disso, Platão não via nos discursos escritos mais do que uma ajuda para a memória e mesmo do seu ensinamento na Academia, fazia parte de uma *Doutrina não-escrita*, ensinada boca a boca, de ouvido a ouvido, em especial, aos iniciados. Por isso, faltam notícias seguras a este ponto. Tal cronologia, portanto, ao longo da história, foi sendo estabelecida, de forma aproximada, por alguns critérios que conferem sincronismo ao seu pensamento, entre eles, a confrontação dos diálogos entre si, a ordenação de estilo e a forma narrativa ou dramática de expressar suas ideias.

⁵⁵ CHAUI, Marilena, in *Introdução à História da Filosofia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p.231.

⁵⁶ O diálogo inicia curiosamente sobre a ideia de dizer a verdade e restituir aquilo que se recebeu como ideia de justiça (in *A República*. São Paulo: Martin Claret, 2003, pp.15-43), ao que Sócrates faz um contraponto, trazendo a hipótese da pessoa que postula, por justo, a restituição, estar privada de sentidos. Restituir a alguém aquilo que lhe foi entregue em depósito (uma arma, por exemplo), a quem está privado de sentidos é justo? Havendo consenso entre os interlocutores, de que não o é, o justo deve ser alguma outra coisa, afirma Sócrates. A obra em referência concentra, praticamente, todos os temas especulativos de Platão voltados para a ideia central de uma comunidade perfeita (na qual um indivíduo igualmente encontra a sua perfeita formação) que, necessariamente, deve ser governada por filósofos, pois cultivam a verdade. A constituição de uma sociedade política governada por filósofos é o que propõe Platão, no objetivo de que prevaleça a sabedoria, a verdade e, por meio delas, o bem.

⁵⁷ In *Instituições Políticas e Constitucionais*. V. I, Coimbra: Almedina, 2007, p.77.

produzida pelo consenso dialogado atinge a aproximação máxima da ideia do justo. Daí a razão do dever de sua irrestrita obediência.

No plano físico, enquanto sistema de normas convencionadas, *o justo irá representar exatamente o dever-ser do Direito*, porque não há qualquer possibilidade de haver, na concepção platônica, um Direito positivo válido se a sua prescrição não corresponder às exigências da ideia mesma de *justiça* (um ideal de justiça como ela é, participa do bem no plano metafísico), esta, ainda que sem uma definição, reconhecida pelo valor proveniente de uma autoridade transcendente, uma ordem ideal perfeita acima do mundo concreto, que não é, como vimos, estabelecida pelo homem, mas que lhe é supraordenada, emanada de uma essência que transcende toda a experiência humana, constituindo ela mesma um valor absoluto e, portanto, universalmente válida e, ao mesmo tempo, pressuposto de validade de toda convenção humana.

E o Direito posto, racionalmente dialogado pelos seres humanos superiores, no uso da razão, atingem a maior aproximação possível da ideia do justo. Entretanto, sob esse fundamento, Platão acaba por transformar os homens em escravos das leis ao mesmo tempo em que absorvidos pelo Poder, já que, isoladamente, nada significam, configurando meros gêneros.

Veja-se que, transportando sua *Teoria das Formas* ou *das Ideias* para a Ciência Política, Platão, também nesse âmbito, compreende as coisas em movimento, degeneradas e decadentes, a exemplo do próprio Estado, porque imperfeitas; mas, com a mesma argumentação, sustenta que elas descendem de conceitos perfeitos, ideias de coisas perfeitas que, como dito alhures, são cópias (como réplicas) de seus originais formais.

Isso quer dizer que “as ideias” do imaginário platônico não são e nem podem ser confundidas com aquelas ideias que estão em nossa mente (no pensamento de cada um); elas são coisas reais e ainda mais reais que todas as coisas existentes. Aquelas que estão em nossa mente são ideias que estão em fluxo; porém, em que pese a sua aparente solidez, estão, conforme ensina Karl Popper⁵⁸, “condenadas a decair”, na doutrina platônica, ao contrário das *ideias* existentes no mundo das formas, onde elas são perfeitas e não perecem.

Nossos sentidos não conseguem perceber tais formas ou ideias, uma vez que elas não se acham em nosso tempo e espaço. Elas apenas servem como um *ponto fixo*, a

⁵⁸ In *As Sociedades Abertas e seus inimigos*. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, V.2. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1974, pp. 39 e s.

partir do qual o Filósofo intenta *explicar* tudo que está em fluxo contínuo no espaço ou no tempo (e, nesse contexto, o próprio mundo e a história humana), ou seja, todo o mundo perceptível aos sentidos, sobre o qual não podemos ter conhecimento real, mas, na melhor das hipóteses, opiniões.

Mas Platão é consciente da impossibilidade de uma Ciência Política sob a ausência de referenciais fixos. Contudo, o Filósofo sustenta, também aí, ser possível superar, pela *Teoria das Formas* ou *Ideias*, essa deficiência, pois, embora em seus desenvolvimentos teóricos não seja possível definir qualquer coisa sensível, eis que em constante mudança, *aquelas permitem conhecer as virtudes das coisas que existem no mundo material*, na medida em que *a tarefa do conhecimento puro* (ou da ciência) *é justamente descobrir e descrever, por definição ou intuição, a verdadeira natureza das coisas*.

A *Teoria do Conhecimento*, na filosofia platônica, desempenha, assim, ao menos três funções, pois atua como instrumento metodológico a possibilitar o puro conhecimento científico do mundo material (das coisas) em movimento e dos problemas de uma sociedade em constantes mudanças, viabilizando a edificação de uma Ciência Política centralizada no Poder e na generalidade; ela também oferece o contato da teoria da mudança e, ainda, permite deter a mudança social, aludindo um Estado melhor, à semelhança da forma de um Estado impassível de degradação, um Estado perfeito, estruturado em termos de modelo ideal.

Karl Popper⁵⁹ nos lembra que Platão, “*partindo dos Estados existentes como cópias decadentes de um Ideal imutável, tentou reconstruir a Ideia do Estado e descrever uma sociedade que a ela mais se assemelhasse. Utilizou como material, para sua reconstrução, tradições antigas e sua análise das instituições sociais de Esparta e Creta - as mais antigas formas de vida social que podia encontrar na Grécia. Nelas reconheceu formas de sociedades tribais ainda mais antigas. Para fazer uso adequado desse material, necessitou de um princípio para distinguir entre os traços bons, ou originais, das instituições existentes, e seus sintomas de decadência. Achou esse princípio em sua lei das revoluções políticas: a desunião da classe governante e sua preocupação com os negócios econômicos são a origem de qualquer mudança social. Seu Estado melhor deveria ser reconstruído de modo a eliminar todos os germes e elementos de desunião e decadência, o mais radicalmente possível; deveria tomar como base o Estado espartano; e garantir as condições necessárias à unidade da classe*

⁵⁹In *As Sociedades Abertas e seus inimigos*. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, V.2. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1974, pp.39 e s.

dominante, assegurada por sua abstinência econômica, sua educação e seu adestramento”.

Ainda, nos reporta que, *“interpretando as sociedades existentes como cópias decadentes de um Estado ideal, Platão deu às opiniões algo oriundo de Hesíodo sobre a história humana um fundo teórico e uma rica aplicação prática. Desenvolveu uma teoria historicista notavelmente realista, que encontrava a causa da mudança social na desunião de Heráclito e na luta de classes, em que reconhecia as forças impulsionadoras e corruptoras da história. Aplicou esses princípios historicistas à história do Declínio e da Queda das cidades-Estados da Grécia, e especialmente a uma crítica da democracia, que descreveu como efeminada e degenerada. E mais tarde, nas Leis, também os aplicou a uma história do Declínio e Queda do Império Persa, iniciando uma longa série de dramatizações sobre Declínios e Quedas de impérios e civilizações. Esse esforço pode ser interpretado como uma tentativa das mais impressionantes para explicar e racionalizar sua experiência da derrocada da sociedade tribal, experiência análoga à que levara Heráclito a desenvolver a primeira filosofia de mudança”.*

Pois bem. Na *República*, ele se preocupa em estabelecer a natureza da *justiça* e, embora Platão nunca tenha logrado conceituar nem mostrar o que efetivamente era essa ideia, não se pode negar que o Filósofo foi completamente assente que uma comunidade humana não pode subsistir sem ela. Em qualquer hipótese, é possível extrair de sua filosofia aquilo que, para ele, a justiça não é: ela não se reduz, como propunham os *sofistas*, ao direito do mais forte, à arte da retórica, ideia que Platão não concebeu como possível sequer numa comunidade de bandidos.

A *justiça* é, como antes se afirmou, a condição fundamental do próprio nascimento de uma sociedade política estruturada sob a ideia do *bem*, um bem extensivo a toda coletividade, cujo melhor âmbito de realização será no Estado que mais se aproxime de ideia de Estado perfeito (ideal), evidenciando um humanismo que não considera o ser humano em si, senão que um gênero e sua secundarização na formação de uma sociedade política e sua sujeição ao poder político.

Platão entende que cada um deve executar a sua tarefa específica conforme a natureza lhe dotou. Acredita que a natureza estratifica e que nela existam, como dantes afirmado, homens superiores e inferiores, e que no ápice de uma sociedade perfeita, em seu governo, só devem estar aqueles dotados de superioridade. Alguns seres humanos têm mais valor que outros e importam mais que outros no contexto social.

É por isso que, na visão platônica, a sociedade política ideal - a *República* - deve ser governada por Filósofos, porque só estes, justamente pelo exercício filosófico, por meio da razão, conseguem chegar ao conhecimento verdadeiro, onde alcançam a ideia do *Bem absoluto* e da *justiça* que daquela ideia participa; só filósofos reúnem a sabedoria, a temperança e, de um modo geral, todas as virtudes e qualidades morais aptas ao desempenho dessa função no comportamento ético em relação ao “bem comum” e à coletividade.

É por isso, também, que o Estado, hierarquizado, deve constituir-se de três classes: a dos governantes, a dos guerreiros e a dos cidadãos que exercem qualquer outra atividade (agricultores, artesões, comerciantes, enfim). A sabedoria pertence à primeira classe, a dos governantes, porque basta que estes sejam sábios para que assim o seja o Estado inteiro. Já a valentia pertence à classe dos guerreiros, ao passo que a temperança, como um consenso entre os governantes e os governados, é virtude comum pertencente a toda as classes.

A *justiça*, sem embargo, compreende a todas essas três virtudes (sabedoria, valentia e temperança). Ela se concretiza quando cada cidadão desempenha a sua *tarefa própria*, ou seja, realiza o que lhe corresponde dentro do corpo social. Cuida-se, como ora demonstrado, de uma proposta de sociedade política *estratificada*, em que cada um tem seu lugar marcado no conjunto da estrutura social. Porém, mais que isso: sente que esse lugar marcado é adequado, natural, porque lhe foi destinado pelas forças que regem o mundo (o Cosmo, de onde extrai a ideia de seu Estado perfeito). De efeito, as tarefas do Estado são tantas e todas necessárias à vida da comunidade, pois somente assim Platão vislumbra a possibilidade de um homem ser uno e não múltiplo.⁶⁰

A *justiça* (que, em sua doutrina, ao menos se infere integrar a ideia de *Bem absoluto*) garante a unidade e, com ela, a *força do Estado* (e não do homem). Porém, garante, também, a unidade e a eficácia do indivíduo, no dizer de Nicola Abbagnano.⁶¹

⁶⁰ Paulo Otero (in *Instituições Políticas e Constitucionais*. V. I. Coimbra: Almedina, 2007, pp.323-326) , a exemplo de Karl Popper (in *As Sociedades Abertas e seus inimigos*. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, V.2. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1974, pp.39 e s.) irá enxergar nesse modelo proposto por Platão traços marcantes de um modelo totalitário e anti-humanista, chegando ao ponto de reputá-lo “uma das primeiras formulações de um modelo de Estado ou, pelo menos a recondução da política ao exercício de um poder arbitrário e totalitário”. Na busca de perscrutar germens do *totalitarismo* dentro da própria *democracia*, o Catedrático irá reconhecer o Estado Platônico como o tipo racional mais perfeito de um Estado Totalitário, na medida em que o indivíduo nele só existe e vive para o Estado. No Estado Platônico, não há direitos da pessoa humana e a grande razão do Estado é a de educar os cidadãos para o bem e para a virtude que é, por definição, o mesmo que o verdadeiro conhecimento da razão. Voltaremos a este ponto, necessariamente, em momento oportuno.

⁶¹ in *La História de La Filosofía*. Tomo I, 1ª ed. Barcelona: Montaner y Simon S.A. Editores, 1955, p.81.

É que, na alma individual, Platão também identifica três partes: a *racional*, mediante a qual ela pensa racionalmente e domina os impulsos; a *concupiscente*, presa aos prazeres sensuais, princípio de todos os instintos corporais; e a parte *irascível*, que é auxiliar do princípio reacional e se cansa e luta pelo que a razão considera justo.

A sabedoria é própria, nesse cenário, do princípio racional; a valentia, do princípio da irascibilidade; e a temperança significa o acordo das três partes em desejar o mando ou o comando da alma racional. O homem individual, igualmente, alcançará a *justiça* quando cada uma dessas partes da alma realize unicamente sua própria função.

Assim, a realização da *justiça* no indivíduo e no Estado não pode ocorrer senão que paralelamente. O Estado é justo quando cada indivíduo atende apenas a tarefa que lhe é própria e o homem que, igualmente a atende é, pelo mesmo motivo, justo (ajustando-se e resignando-se com o lugar que lhe é próprio na sociedade e que lhe reservou o destino ou a natureza). É por isso que enxerga na *escravidão* um acontecimento natural, pois não tem presente o conceito de pessoa e tampouco de humanidade.

Posta dessa forma, a *justiça* platônica, alheia a qualquer concepção hodierna de pessoa humana e de dignidade, não é só a unidade do Estado em si mesmo e do indivíduo em si mesmo. É, ao mesmo tempo, a unidade do indivíduo e do Estado e, por conseguinte, o acordo, no sentido de aliança e harmonia do indivíduo com a comunidade, razão pela qual se distancia, ao menos em alguma medida, de uma sociedade absolutamente totalitária, porque tem em sua racionalidade e em sua lógica o *bem* - ainda que desconectado com um verdadeiro humanismo -, valor completamente alheio ao modelo político totalitarista.

Embora não haja, ao nosso sentir, parâmetro possível de comparação entre um modelo e outro, é importante registrar que a República perfeita estava muito longe de corresponder à concepção de República dos dias de hoje e também de uma compreensão do que atualmente defendemos como um Estado democrático de Direito.

Desde a premissa de que cada um tinha um lugar definido na sociedade, conforme fosse um homem superior ou inferior, duas condições se mostravam imperiosas para a realização da *justiça* no Estado perfeito de Platão: a eliminação da riqueza e da pobreza⁶², uma vez que ambas impossibilitam o homem de atender ao seu ofício

⁶² O que se harmoniza, numa leitura isolada, com uma postura materialmente igualitária e, neste aspecto, condizente com uma ideia de equidade.

próprio⁶³, e a abolição de uma vida familiar, o que reveste o modelo platônico de uma verdadeira crueldade, mas que necessita, sem embargo, de contextualização.

Essa abolição resulta de que, na perspectiva platônica, deve haver participação das mulheres na vida do Estado, isso em prol da mais perfeita igualdade e com a única condição de sua capacidade.⁶⁴

A união entre os homens e as mulheres nesse “modelo perfeito”, se estabelece por meio do Estado, onipotente e onipresente, com vistas à procriação de filhos sadios. E os filhos se criam e são educados por meio do Estado, que se converte, todo ele, em uma *grande família*. São essas as concepções que fazem um Estado justo segundo sua compreensão de *justiça*, tudo, ainda, devendo se cumprir por meio de uma terceira condição inarredável: que o governo desse Estado perfeito e perfeitamente justo seja, como dito alhures, exercido por filósofos, ou seja, pelos sábios, pois só o domínio da Filosofia⁶⁵ permite conhecer a verdade das coisas, supondo, ainda, que ela seja exercida para o “bem comum” cujo conteúdo ele próprio, o governante, por ser um ser superior, dotado de sabedoria e virtude, vinculado à justiça e não à lei, poderá definir.

Não obstante suas preocupações de conformar uma sociedade justa, de edificar um modelo de Estado Ético, aspirando à perfeição, em que o governante, informado pela sabedoria e impelido pela virtude da *justiça*, se preocupasse com o “bem comum” dos governados e não dele extrair vantagens pessoais; em que pese todo o seu esforço, Plantão também não conseguiu, em sua *Teoria do Conhecimento*, no seu *Mundo das Formas*, em sua Teoria Jurídico-Política, tampouco em sua compreensão de justiça, segundo sua doutrina escrita, definir um conteúdo objetivo do que seria o *Bem absoluto* do qual participa a ideia mesma de *justiça*, de seu conceito, para que se compreendesse

⁶³ Esse modelo de Estado, segundo Paulo Otero (op.cit., p.324), acaba por admitir a intervenção total do Estado na esfera da pessoa e da família; perfila uma concepção racista e promove a abolição da propriedade privada, razão pela qual o autor afirma que, nesse preciso âmbito, Platão irá preconizar um modelo comunista, indo ao ponto que ao modelo platônico subjaz a defesa da conservação da pureza da raça que calhou por constituir a preocupação central do nazismo. Já Nicola Abbagnano (op. cit., p. 81) não adentra a discussão em torno da pureza de raça. Mas, pobre a proposta de eliminação da riqueza e da pureza, irá dizer que ela não implica uma organização comunista. Isso porque as duas classes superiores de seu Estado ideal, os governantes e os guerreiros, não devem possuir nada e nem recebem nenhuma compensação, senão que os seus próprios meios de vida, e a classe dos artesões, agricultores, comerciantes etc., não está excluída da propriedade, e os meios de produção e distribuição são deixados nas mãos dos indivíduos.

⁶⁴ Na *República* (Tradução de Pietro Nissetti. São Paulo: Martin Claret 2003, pp.150 e s.), em diálogo mantido entre Glauco e Sócrates, este explica àquele, que também a mulher possui aptidão natural para ser guardiã da cidade, embora que, pela sua condição, mais débil, pois o homem é por natureza mais forte. Entre elas, como entre os homens, havia aptidões para outras tarefas; daí a necessidade de selecionar as melhores para os fins de guardar as cidades juntamente com os homens. Só os melhores nesse seguimento poderiam cumprir essa função.

⁶⁵ O amor pelo conhecimento.

claramente e se aceitasse a perfeição de seu Estado, onde indivíduos eram estratificados e funcionalizados, valendo conforme sua função na vida coletiva e onde escravos e estrangeiros, por exemplo, não tinham voz e vez.

E se o filósofo governante fosse mau, um tirano? Ora, se, no *Mundo dos Sentidos* (real, do dever-ser), o mal existe, não seria lógico, dentro da mesma racionalidade, pensar que, em seu *Mundo das Ideias* (das formas perfeitas, dos arquétipos ideais), deveria residir a ideia de *Mal* e de *Mal absoluto*? Sim, pois, se o mundo fenomênico é uma imitação do real, do verdadeiro conhecimento e dele apenas se aproxima pelo exercício da razão, é factível que o verdadeiro e real conceito de *Mal*, imitado no mundo dos sentidos, esteja também em um plano superior e ideal.

Mas Plantão não nos dá essa resposta. Limita-se a deduzir o mal como uma degeneração do bem, pela ignorância, agindo da mesma maneira em relação à injustiça. Na *República*, ele se circunscreve a afirma, como antes destacamos, a existência da *justiça* e a dizer que ela é uma das formas como o *Bem* expressa o seu conteúdo, já que da ideia de bem participa.

Verdade seja dita, Platão não acredita numa maldade consciente. Como observou Paulo Otero⁶⁶, de fato, ele “*acredita que o homem nunca escolhe voluntariamente o mal, e se o faz, age por ignorância, incontinência ou por ambas as razões*”.

E ao afirmar que a sabedoria, pelo exercício da razão, produzida pelo consenso dialógico, é a forma como se chega ao verdadeiro conhecimento e ao conceito das coisas (dentre elas, do *Bem* e da *justiça*), parece que, em algum momento, Platão visualizou mesmo uma conciliação entre esses dois mundos.

Contudo, em sua obra escrita, ele não explicita de que modo se dá, efetivamente, uma possível conciliação entre esses dois mundos, dizendo apenas que isso se dá por meio do diálogo. Mas, de que forma? Até que ponto? Quem vence o debate?

Por essa ausência de uma explicação explícita, muitas vezes Platão foi chamado de *o filósofo das aporias*, na medida em que quase todos os seus diálogos são compreendidos como fragmentos incompletos, e seus esforços, questionamentos, são tidos como proposições sem solução; pontos de partida sem solução, sem um mote de chegada.

Com efeito, não se encontra em seus desenvolvimentos teóricos qualquer conceito de *Bem* e de *justiça*, tampouco um conceito que permita definir o que significa ser feliz, tanto para o indivíduo quanto para o todo por ele imaginado, em que pese seu propósito

⁶⁶ In *Instituições Políticas de Constitucionais*, p. 78.

sempre tenha sido, pelo que se pode inferir, propor um modelo de governo funcionalmente dirigido à busca da felicidade, para melhor vivência privada e pública.

Entretanto, na tal República perfeita, não se vislumbra que isso fosse possível, Platão dilui o ser humano no Estado, desconsiderou sua humanidade intrínseca, reduzindo-o a um gênero, propondo, ademais, um modelo de sociedade de seres humanos que são melhores e superiores uns aos outros; em modelo político em que um único indivíduo não tinha nenhum valor, salvo pelo lugar que ocupasse nesse quadro de República perfeita, onde propunha a existência de um ser humano conformado e resignado com o seu destino, o que se deve ao fato de entender que o Estado é justo, como dito alhures, e o bem do indivíduo será aquele em que cada um atenda apenas à tarefa que lhe é própria. O homem que atende apenas à tarefa que lhe é própria é um homem igualmente justo.

A humanidade é, nesse sistema filosófico, reificada, eis que a *coisa isolada*, na doutrina platônica, não existe enquanto tal. “*Existe apenas enquanto qualidade de um indivíduo, enquanto homem justo, ação justa*”, explica Hans Kelsen⁶⁷. Daí que ele trata como uma coisa o indivíduo e sua qualidade, ou virtude de ser justo. Essa *coisa isolada* sequer existe real e verdadeiramente. O homem terreno afigura-se uma mera representação de um ideal de homem. Na melhor hipótese, ele só parece existir. Quem, afinal, seria real, verdadeira e absolutamente justo no mundo concreto (dos sentidos)?

Logo se percebe que essa teoria, ao menos vista exclusivamente pelo prisma de seus diálogos escritos, a despeito de propor uma verdade imutável, universal e absoluta, uma ordem transcendental de valores superiores, ela se apresenta, antes de qualquer coisa, como uma doutrina que promove a negação absoluta do ser humano de carne e osso, o anti-humanismo, ao reduzi-lo a uma abstração metafísica, a um gênero, a uma coisa idealizada à qual só por aproximação é real; no máximo, o homem que aí está parece ser, eis que é um participante da ideia de homem, de onde, à evidência, não se pode extrair qualquer elemento concreto de isonomia.

É possível afirmar que o modelo sociopolítico platônico é a antítese do humanismo, diluindo o ser humano na coletividade, estratificando-o, colocando-o a serviço do poder político, sem qualquer direito à residência ou à desobediência às leis de um modelo estatal intervencionista ao extremo na vida das pessoas, onde o ser humano não tem o menor direito de se autodeterminar, de escolher os seus fins, de definir para si o que é “bem”, o que é “bem comum”, o que é “felicidade”, na medida

⁶⁷ Op.cit., p.410.

em que o homem só é homem porque participa da ideia de homem, postura da qual, não obstante sua oposição ao relativismo protagórico, não permite dela extrair qualquer sentido de ser humano, de condição humana, de dignidade a ela inerente e, tampouco, formular um conceito razoável de solidariedade ou de “bem comum”, porque coloca no Estado asfixiante a centralidade da vida política e social.

E, por obviedade, se a pessoa não tem valor, nem mesmo a condição humana tem para ele um significado ou pode, por qualquer razão, ser invocada em sede de qualquer oposição. A filosofia platônica, nesse ambiente, não tem, em derradeiro, qualquer perfil humanitário. Embora ele defenda um Estado perfeito, cuja teleologia deva ser o bem da coletividade, Platão também esqueceu que o poder que tal modelo estatal enfeixa flerta, recorrentemente, com ímpetos despóticos e totalizantes tão comuns a esse contexto da vida social.

Para além disso, Platão também desconsiderou o que outras ciências, como a Psiquiatria, por exemplo, já de há muito consideram: a sociopatia, uma categoria de transtorno mental que nada tem a ver com ignorância ou incontinência e que admite a existência de uma maldade inata em alguns indivíduos, com maior ou menor intensidade, potencializada por outras comorbidades e que podem ser mais ou menos perigosas⁶⁸, das quais podem ser acometidos inclusive os mais sábios. Achei este final sem sentido

Ao fim e ao cabo, os desenvolvimentos filosóficos indicam claramente que Platão propôs um modelo jurídico-político que se afasta de qualquer arquétipo humanista: no âmbito político, por confiar aos filósofos - os únicos que detêm a sabedoria e a virtude - o governo do Estado perfeito, mostra-se partidário de um governo de elites sobre uma massa ignóbil e execrável; no âmbito jurídico, ainda que seus desenvolvimentos impusessem ao filósofo-governante governar com justiça (apenas um conceito que participa da ideia de *Bem* e que precede ao Direito), tal como um “chefe infalível”, como lembra Paulo Otero⁶⁹, acabou por colocá-lo acima das leis, porquanto ele próprio não estava por ela limitado, segundo a lógica de que é preferível o governo de um homem sábio e virtuoso ao governo das leis.

Em boa leitura, esse modelo social, político e jurídico platônico, que quis se afirmar como perfeito e que, lido açodadamente, até parece ser paternalista, não deixa de configurar o protótipo dos modelos políticos ditatoriais e autoritários, pois, ao

⁶⁸ BARBOSA DA SILVA, Ana Beatriz. *Mentes Perigosas*. Rio de Janeiro: Fontanar, 2010, pp. 27 e s.

⁶⁹ In *Instituições Políticas de Constitucionais*, p.78.

admitir que os governantes não estejam vinculados ao Direito (às leis, na construção positivista), segundo uma postura de ausência de limites do poder, configura a antítese do fenômeno constitucional. No dizer de Paulo Otero⁷⁰, “*Platão personifica a anticonstituição*”, como o estandarte histórico de todos os regimes políticos que desprezam a limitação do poder político pelo Direito, negam os direitos da pessoa humana com profunda desvalorização da pessoa e do próprio mundo físico, porque o corpo - ao contrário da alma, imortal e inteligível, identificada com o divino -, traduzindo-o como mera semelhança do humano, morre, perece e se dissolve.

E desvalorizando o corpo humano, sustentando que só liberto dele é que o homem adquire a felicidade suprema - a verdadeira liberdade só se adquire com a morte, sendo ela própria a menor desgraça do condenado -, só assim podendo chegar à verdade, Platão acaba por desprezar a própria vida humana, desprezo do qual tanto o mundo se ressentia e se envergonha, verificado em passado não remoto com o Nazismo e outros regimes totalitários.

Outro aspecto que merece consideração, no que respeita ao generalismo platônico que formula uma filosofia frontalmente alheia à ideia de posições jurídicas subjetivas do indivíduo perante o poder, é o formalismo que constitui matéria prima do Positivismo Jurídico.

Na sua proposta dualista de mundos, *o Mundo das Ideias e o Mundo Fenomênico*, a *justiça*, vale repetir, é um conceito que repousa no primeiro dos mundos, que participa da ideia do *Bem* e cujo sentido só é apreendido por aproximação ou imitação, pelos filósofos, detentores da sabedoria e da virtude e a sua compreensão será justa, por isso eles estarão acima das leis e não estarão por elas limitados. De certo modo, isso nos permite identificar a origem do formalismo positivista, pois é só por *aproximação* que os dois mundos ora referidos são conciliáveis.

Não é Platão que vai nos dizer isso. Em Hans Kelsen é que poderemos melhor compreender essa realidade. Na percepção de Hans Kelsen⁷¹, “*é assim que, para Platão, cujo conhecer está sob o primado do querer, o conceito torna-se norma. Aquilo para que ele procura um conceito é, afinal, um valor e, aliás, um valor absoluto, que a realidade jamais pode alcançar e em relação ao qual ela só pode ser interpretada como uma tentativa de aproximação*”⁷², se não se ignorá-la ou simplesmente negá-la.

⁷⁰ In *Instituições Políticas de Constitucionais*, p.79.

⁷¹ Op.cit., p.410.

⁷² Essa *aproximação* revela-se, também, no pensamento aristotélico, quando afirma (in *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2003, pp.18-19) que “...devemos contentar-nos em edificar a

O conceito desempenha o papel de *ideal*. O bem e o justo existem, embora não se possa percebê-los por meio dos sentidos e constata-los pela experiência. O ser verdadeiro da *justiça* está além da esfera do individualmente perceptível.

Observe-se, uma vez mais, que Platão envia esforços para definir o *Bem* e o *justo* e acaba, invariavelmente, apenas por afirmar a existência de ambos, não só como um conceito, mas transformando-os em um ideal: é assim que, hegelianamente falando, o próprio ideal se faz real. O conceito da ideia (inclusive em seu caráter ético-normativo⁷³) se faz também coisa concreta⁷⁴, embora, em toda a teoria platônica, o *Ser* da ideia é o *Ser* do *Dever-Ser*, é a realidade do valor, *do espírito*, e *não a realidade da natureza*, pois, estando em contradição frontal com a realidade empírica, *o conceito estabelecido como real precisa ser transcendido*, ou seja, transferido para uma outra realidade.

E, para que essa outra realidade negue a dos sentidos - forma sob a qual a natureza se apresenta no mundo dos sentidos -, esse conceito acaba sendo reduzido à mera aparência: na verdade, ser reduzido a um “*Não-ser*” (uma aproximação).

A questão, com efeito, não é de fácil assimilação. Desde o início dessa abordagem podemos claramente verificar que Platão não obtém o conceito a partir das coisas, tampouco segundo um procedimento analítico abstrato; somente em função das coisas é

verdade de forma aproximada e sumária; quando falamos de coisas que são verdadeiras apenas em linhas gerais e com base em premissas da mesma espécie, não devemos esperar conclusões mais precisas. Portanto, cada proposição deverá ser recebida dentro dos mesmos pressupostos, pois é característica do homem instruído buscar precisão em cada gênero de coisas, apenas até o ponto que a natureza permite, do mesmo modo que é insensato aceitar um raciocínio apenas provável da parte de um matemático, e exigir demonstrações científicas de um retórico”. Essa ideia também aparece na seguinte passagem: “Devemos também recordar o que foi dito antes e não ficar insistindo em encontrar a precisão em tudo, mas em cada classe de coisas; devemos buscar apenas a precisão que o assunto comporta e até o ponto que for apropriado à investigação” (op.cit., p.28).

⁷³ A ideia funciona, em Platão, essencialmente como um “modelo divino” do verdadeiro Estado e de correta Constituição, tema do qual o Filósofo se ocupa especialmente na *República*. Mas o mundo das ideias não é uma reunião de modelos primordiais de todas as coisas, e nem se identifica com uma ordem das coisas, mas de seres racionais e morais, um sistema de valores concebido como uma ordem jurídica e como uma justiça absoluta. Nele, o mal e o injusto não encontram um conceito correspondente.

⁷⁴ Hans Kelsen vai dizer (in *A Ilusão da Justiça*, p.412) que “a luta de Platão pelo conceito de justiça não difere de sua batalha ética pela própria justiça. Na medida em que tenta dar uma solução ética para o problema, ele, na verdade, resolve o conceito através da coisa, substituindo a lógica pela ética metafísica”. Ainda, segundo a ótica kelseniana, “essa é a essência de todo o realismo conceitual de origem ético-metafísica e sempre voltado contra a ciência, porque contra a ciência, enquanto princípio do conhecimento. São conceitos de valor que conduzem a esse realismo, porque a eles - contrariamente aos conceitos das coisas da natureza - não corresponde a realidade do concreto. A realidade do valor absoluto só pode ser a do próprio conceito o qual, justamente por isso, precisa ser transcendido, pois não está no Aqui como coisa real”. Por isso que é que o realismo conceitual platônico constitui a teoria do conhecimento típica da metafísica. Ela não almeja e nem pode ser científica, porque não é fundada nas coisas dadas pela experiência, importando-lhe, isso sim, e, essencialmente, estabelecer como real o bem ou a sua personificação, em que pese à custa de colocar em causa a realidade do mundo concreto.

que, como pré-requisito, se toma consciência do que elas são. Mas como Plantão define a relação entre a ideia e a realidade empírica?

E aqui estamos, outra vez, diante de um problema com o qual a Filosofia se debate até hoje, porque aquilo que se coloca em causa não é meramente a realidade (*a vida como ela é*, parafraseando o romancista brasileiro Nelson Rodrigues), uma realidade repleta de valores.

No imaginário platônico, as coisas (*ser*) participam da ideia (*dever-ser*). A ideia está, de alguma forma, presente nas coisas, tidas pelo Filósofo como meras imitações daquelas. E dessa maneira, pelo que se pode razoavelmente inferir, ele aproxima seus mundos, mesmo tendo restado indefinido, em toda a sua obra, o conteúdo do que ele buscou como *Bem* e *justiça* (a forma mediante a qual o *bem* e o *justo* expressam o seu conteúdo e ganham concretude).

É que, repita-se, como o ideal do *Dever-Ser* é normativo - e a verdade do *Ser* das coisas está nas ideias (nas formas) -, Platão transforma o próprio *Dever-Ser* em *Ser*, o *valor* em *realidade absoluta*, realidade essa que ele não busca na natureza, mas no espírito, por meio do reino das ideias. Dessa forma, a norma⁷⁵ existente no mundo das ideias se cumpre e é concretizada no plano da realidade, razão última que leva parte da Filosofia do Direito a afirmar que Platão acaba por identificar o *Direito Positivo* (o Direito do que é; o Direito posto) com a *justiça* (o Direito do que deve ser oriundo da normatividade do mundo das ideias), um Direito identificado com as leis originárias segundo um determinado procedimento dialogado e que são vinculantes da coletividade (menos o governante).

Nessa perspectiva, a discussão sobre o Direito se reduz, ao fim e ao cabo, a uma discussão sobre a esfera da própria normatividade⁷⁶, inspiradora de todo o Positivismo Jurídico que adiante analisaremos amiúde.

Dentro desse ambiente, a *justiça*, que participa da essência do *Bem absoluto*, terá apenas um sentido *retributivo* e de *paga* (como retribuição e o sentido de dar a cada um o que é seu); será uma *técnica* procedimental para realização do *bem* e não um *critério* com a finalidade de qualificar uma conduta humana como boa ou má.

⁷⁵ E o idealismo do mundo das ideias é um idealismo normativo; é um normativismo.

⁷⁶ Postura normativista que chegou aos dias atuais pelos que, tomados, talvez, pela doutrina platônica, e em oposição a um jusnaturalismo se caracteriza fortemente pela busca do “direito justo” - ao ponto de degradar o injusto em um não - direito - perfilam o entendimento de não ser possível encontrar um conceito unívoco de justiça.

No plano terreno, devendo a *justiça* ser levada em consideração (o ideal deve se fazer real), cabe ao Estado, funcionando com o seu aparato coercitivo, por meio dela, garantir a vitória do *bem* sobre o *mal*, e é na República perfeita de Platão que essa teoria encontra seu ápice.

Isso porque, em sendo o *bem* uma categoria social, somente no Estado o homem pode agir bem; é dizer, é como órgão do Estado que lhe é possível conhecer o *bem*. É por isso que tais escritos sobre o Estado culminam na doutrina das ideias, pois nele, o Estado ideal figura, como suprema e central, a ideia do “*Bem*”⁷⁷, que não pode ser definida conceitualmente nem sequer expressa em palavras. Assim, toda a busca nesse sentido não passa de uma tentativa de exprimir o inexprimível.

E, se o absolutamente bom, juntamente com a *justiça* que nele se contém ou que dele deflui, enfatiza Hans Kelsen⁷⁸, permanece um segredo inexprimível, pois Plantão não consente que o Estado ideal por ele imaginado possa colocar em perigo a existência do Estado real.

Ainda, na ótica do mesmo autor, se o que se pode dizer sobre a essência da *justiça* não leva senão a uma fórmula vazia de conteúdo do “dar a cada um o que é seu”, pode-se conciliar o Direito Natural com o Direito Positivo, tendo-se até que se pressupor a vigência deste (como um princípio de legitimação), pois, somente essa pressuposição do Direito Positivo⁷⁹, definindo o que cabe a cada um, ou seja, o que é “para cada um o seu”, uma espécie de ordem, é que adquire sentido uma norma que exige única e exclusivamente que a cada um caiba o que é seu.

Para a esfera terrestre, nessa perspectiva, apenas o Direito Positivo pode ser a concretização de uma *justiça* que expresse o que é de cada um (do Inglês *to each his own* ou do Latim *Summ cuique*), em especial, no seu significado de *retribuição*, pois também a sua realização na Terra é Estado empírico (da experiência sensível).

⁷⁷ Embora, em *A República*, Platão fale da justiça não em relação ao indivíduo, para a totalidade do Estado na perspectiva de que ela pode ser encontrada em maior medida no que é maior. Nela, o que Platão apresenta, em primeiro lugar ao introduzir o Estado, é a sua Constituição, sua organização, que não é uma ordem completa, regulando materialmente as relações humanas. Não é ali que se estabelece o conteúdo da justiça e as normas que regulam a multiplicidade das relações humanas. Ela é apenas a primeira das ordens normativas e, portanto, parcial, e possui um caráter exclusivamente organizacional. Sendo uma ordem parcial, ela jamais pode ser justa. *A República*, assim, contém apenas a Constituição do Estado, e não o direito material, nem, portanto, a justiça, dado o seu caráter iminentemente organizacional. E como a Constituição do Estado não é justa, pois não é a ordem jurídica material, mas apenas um procedimento para produzi-la.

⁷⁸ Op.cit., p.504.

⁷⁹ Que, como adiante veremos, em Hans Kelsen, não se dá com base em uma autoridade divina ou transcendental, mas com pressuposição de uma primeira Constituição.

Dessa forma, nessa leitura que Kelsen e outros fazem de Platão, *justiça*, de conteúdo inexprimível, numa perspectiva de um Direito Natural cosmológico, na compreensão de que os direitos naturais encontram correspondência na dinâmica do próprio universo, ao refletirem as leis perenes que regem o ordenamento do cosmos, fazem-se legalidade; *o justo significa o mesmo que legal* (a lei) ou *em conformidade com o Direito* (aqui também lido como sinônimo de lei), em consonância com as leis do Estado; o Direito Positivo é a própria *justiça*.

Nas Leis, Platão, inclusive, reconhece a obrigatoriedade do Direito Positivo (identificando o Direito Positivo com a própria *justiça*), embora acredite, como corolário de sua própria doutrina do mundo dual e como exhaustivamente explicado, na existência de uma *justiça* absoluta e, assim, na vigência de um Direito Natural de ordem cosmológica; porém, não crê que exista aí propriamente um conflito entre o ideal e a realidade da ordem estatal jurídica dada, justamente porque a validade desse Direito Positivo (lei) é pressuposta (sua legitimidade decorre de sua normatividade resultante da aproximação dos dois mundos).

Por isso, injustiça consiste justamente na violação de um Direito Positivo. Os juízes, assim, quando punem segundo o Direito (lei), quando julgam em conformidade com o Direito Positivo, aplicam a *justiça*.

O que se depreende, ao cotejo da *justiça* e do Direito Positivo (lei) em Platão, segundo uma certa leitura, especialmente na *República*, é que ele admite que o Direito Positivo não pode prescindir do elemento *justiça*, ainda que a preconize externa e anteriormente ao Direito posto, e que complementa e aperfeiçoa a terrena. Mas é na vigência e na aplicação do Direito Positivo que o Filósofo reconhece como justo, embora não como perfeitamente justo.

Então, o conflito está posto: Platão fez numerosas tentativas para mostrar como se aproximam e, no Direito, se confundem o mundo ideal do mundo real; para poder responder o que é *justiça*, por uma via racional, mas nenhuma dessas tentativas no plano de seus escritos parecem ter conduzido a um resultado definitivo ou satisfatório.

Nos diálogos, quando uma definição qualquer parece ter sido alcançada, Platão logo declara, pela boca de Sócrates⁸⁰, que novas indagações são necessárias, remetendo a um específico método de pensamento abstrato que aponta como liberto de todas as representações sensíveis que chama, como dantes referido, *Dialética*.

⁸⁰ Alterego de Platão? É o que suscita, por exemplo, Rafael Galvão, in rafael.galvao.org.br, acesso em 07/05/2019.

A *Dialética* constitui um método de pensamento que dá àquele que o domina a capacidade de apreender a ideia⁸¹. Em Platão, a *Dialética* é o próprio método da Filosofia, a ciência que indaga sobre as formas de *Ser*, para verificar quais são idênticas e quais são diversas, quais se conectam entre si e quais não se conectam.

Ela opera por meio de jogo de opostos (tese e antítese) que, inicialmente, se excluem, mas que, em um momento posterior, se completam e se unem para formar um todo maior do qual os opostos participam, mas que nele estarão superados e guardados (na síntese), e o primeiro binômio da filosofia platônica reside justamente na oposição entre o mundo das ideias e o mundo das coisas que, conforme uma certa leitura, conduz a uma aporia; noutra, a uma explicação de mundo, segundo os Primeiros Princípios, com a contraposição, apenas inicial, de dois polos opostos, que aparentemente se excluem, e, depois, como dois elementos que se unificam, se fundem, transformando-se numa unidade mais nobre e mais elevada.

Críticas não faltaram a Platão no sentido de que ele mesmo não empregou esse método em seus diálogos nem nos deixou conhecer o resultado dessa *Dialética*. Aliás, em uma de suas cartas - a Carta VII -, Platão chega mesmo a situar a Ideia do *Bem absoluto* para além de todo o conhecimento racional - de cuja essência participa a *justiça* -, dizendo que não pode haver nenhum conhecimento conceitual de *Bem absoluto*, mas, somente uma ideia, uma *intuição*, e que essa intuição é processada por meio de uma vivência mística que só a poucos é comunicada e só o é por graça divina.

Ínsito dessa ideia está a impossibilidade de descrição, em palavras da linguagem humana, do objeto da intuição mística (do *Bem absoluto*); logo, não poderá haver uma última conclusão dessa sabedoria, razão pela qual não há nenhuma resposta para a questão da essência da *justiça* em Platão.

O seu conceito é inexprimível em palavras. Ele a compreende como um *segredo de Deus*, um segredo que ele confiou a apenas a alguns eleitos (alcançado pelos mortais pelo método da *Dialética*, permanentemente renovada, já que *Dialética* não se faz por passe de mágica, mas num longo e trabalhoso processo de superação de contradições,

⁸¹ Na *A República* (Tradução de Pietro Nissetti. São Paulo: Martin Claret, 2003, p.148), Sócrates a ela se refere e enaltece a Glauco: “*Que nobre é Glauco, a arte de discutir!*”. Porém, Platão não tem em mente um sentido vulgar ou inescrupuloso de discussão. Ao ser questionado por Glauco a que exatamente se referia, Sócrates explica que a *Dialética* não se reconduz a uma simples contenda, dizendo: “*É que segundo me parece, cai nela sem querer, julgando que não estão a discutir, mas a discorrer, pelo fato de não serem capazes de analisar o que se disse, distinguindo os vários aspectos, mas o seu alvo é a mera contradição verbal do que se afirmou, usando da chicana, em vez da dialética*”.

eis que, da síntese, surgem sempre novas teses e novas antíteses a dar ensejo à formação de novos resumos e assim por diante) e como segredo deve permanecer.

A inconclusão de seus diálogos e neles a ausência do resultado de sua *Dialética* levou Platão, não raro, a ser considerado *o filósofo dos becos sem saída*, porque se limitou a dizer e desdizer algo, num jogo de opostos que, no plano experimental, nada conclui; uma espécie de *Dialética* sem conciliação, sem síntese, por hilário que pareça, porque, sem conclusão, não há síntese, e sem síntese, a *Dialética* se desarticula.

Logo, à partida, na filosofia platônica, não há conhecimento nem verdade possível (neste aspecto, nem a verdade subjetiva, como pensou Protágoras), e muito menos racional, a exemplo do que já vimos na postura Sofista dos contrários imanentes. Não há síntese final, como de fato ocorre em quase todos os diálogos de Platão (exceto nos de sua velhice, onde ele se detém a explicar o *bem* e o *mal*) que são aporéticos, operando segundo um método que propunha uma espécie de *Dialética negativa*.⁸²

De outro lado, não faltou e nem falta quem sustente a existência de *duas doutrinas* em Platão, doutrinas essas que se completam e se complementam, e que salvam, para muitos pensadores, a sua filosofia de qualquer possibilidade de constituir um beco sem saída: cuida-se de uma doutrina *exotérica* e de outra *esotérica*, que, ao final, se complementam.

A primeira, Platão teria destinado às pessoas de fora e às recém-chegadas na Academia, ou seja, àquelas que ainda não reuniam os pressupostos necessários e que ainda não estavam em condições de entender o núcleo duro de sua doutrina.⁸³

A doutrina *exotérica* seria a *doutrina escrita* de Platão, em cujo bojo o jogo de opostos resta quase sempre em aberto, sem conclusão. Aos que permeiam essa dualidade doutrinária, por ser de mais fácil compreensão, mais didática, Platão a desenvolve como *via introdutória* à sua verdadeira filosofia, e quem elabora só essa leitura inicial só enxerga mesmo um ambiente sem síntese ou conclusão.

Para fora da Academia e para os nela recém-chegados, Platão levanta uma tese e a discute, a debate e a examina por vários lados para, ao final, refutá-la (a tese não é verdadeira); na sequência, levanta uma antítese que, examinada e debatida, também é refutada como verdadeira. Tese e Antítese são *falsas* (e não ambas verdadeiras como imaginara Protágoras). Como extrair daí uma verdade (a Síntese)?

⁸² Como pensada, muitos séculos depois, pela Escola de Frankfurt.

⁸³ CINE-LIMA, Carlos Roberto, op.cit., p.41.

Se o alcance em torno da filosofia platônica se reduzir ao seu aspecto *exotérico* (escrito), então, pouco ou nada ela contribui em torno de sua proposta de existência de uma verdade universal, de uma ordem de valores supremos; ela não pode ser método a conduzir ao racional de nenhum modo, já que, sem conclusão, nunca se chega à verdade que não se consegue conceber de suas proposições, ambas falsas. Ou seja, de suas proposições falsas não se extrai uma verdadeira.

Daí a busca filosófica de uma *Dialética* perfeita, da boa e verdadeira *Dialética*, na conciliação da doutrina *exotérica* com a doutrina *esotérica* de Platão, aquela *não-escrita*, cujo conhecimento só concebia como acessível aos *iniciados* (os que de há muito já estavam na Academia e já sabiam como exercitar o jogo de opostos), porque só estes tinham a necessária sabedoria e luz⁸⁴ para alcançá-lo. Logo, aos iniciantes, ela não era e nem poderia ser de pronto exposta, nem explicada de imediato em sua completude.

Os que perfilham a existência de uma doutrina não escrita complementar à doutrina escrita de Platão sustentam que, sempre que os filósofos falam sobre temas de natureza filosófica, eles se expressam, em seus discursos (uma conversa com a alma, como dito alhures), segundo suas *ideias*, ao contrário de guardá-las em um lugar qualquer. No que falam, mesmo que a matéria tenha pouco conteúdo, a ideia mesma sempre está contida naquilo que *verbalizaram*. Para entregar um objeto a alguém não será preciso grande esforço; porém, o mesmo não se dará quando se tratar de comunicar uma ideia. Para tanto, será necessária capacidade e essa sempre permanece, de algum modo, *esotérica*; não existe neste ambiente de oralidade, o puramente *exotérico* (exterior, escrito).

É preciso não perder de vista que *Dialética* não é algo que Platão compreende como realizável em um piscar de olhos; como um *drive thru*. Ela é, sobretudo, um *processo*⁸⁵ de aprendizado, com reflexão e, por conseguinte, exige tempo, esforço e trabalho de intensa meditação: *dialética* é aprendizado. Se assim não for, “*a síntese será choca e vazia*”⁸⁶ e, por irônico que possa aparecer, o pensador da *Grande Síntese*

⁸⁴ Platão julga que é preciso que o próprio leitor procure por si só acertar as peças desse quebra-cabeças que é o jogo de opostos, juntado, aos poucos, todas as peças, assumindo o risco intelectual dessa tarefa. É imprescindível que esse emaranhado de ideias fermenta, sem conciliação, na reflexão, para, a partir daí serem extraídas as grandes sínteses.

⁸⁵ Que remonta à ideia de começo, meio e fim, algo que se realiza no tempo

⁸⁶ CIRNE-LIMA, Roberto Carlos (op.cit., pp.42-43). O autor afirma que “*quem só ouve e só estuda a doutrina exotérica, fica pensando que Platão considera o mundo das ideias e o mundo das coisas duas esferas de ser existentes uma em oposição à outra*”, porque o mundo das ideias e o mundo das coisas seriam dois polos opostos, sem que entre eles haja uma conciliação.

forçosamente seria nada mais que mais um Sofista e Platão um desvirtuado, inescrupuloso e predatório enganador.

A *doutrina exotérica* é, em Platão, incompleta e propositadamente aporética. Entretanto, a conciliação entre o mundo das ideias com o mundo das coisas aparecerá, superando uma ‘aparente’ dicotomia inicial em sua doutrina não-escrita, aquela que não foi reduzida a texto nenhum e que Platão somente a transmitia aos iniciados, aos sábios da Academia, de boca a boca, e de orelha a orelha. Aí estaria a escalada a conduzir o homem à verdadeira sabedoria filosófica.

É na *doutrina esotérica* (não-escrita), para quem defende essa dualidade, que o mundo das ideias e o mundo das coisas, antes polos opostos, se unificarão⁸⁷. Para tanto, o pensamento filosófico precisou voltar-se à importância da oralidade na filosofia platônica e dar a ela uma nova interpretação, o que se desenvolve especialmente a partir da Escola de Tübingen⁸⁸ e seus esforços na aproximação da filosofia das ideias e a Teoria dos Princípios de Platão, a fim de que seu pensamento pudesse ser reconstruído a partir de testemunhos dessas doutrinas não-escritas (temática pouco explorada ou mesmo valorizada até então), viabilizando que fosse redesenhado o *sistema platônico*.

A *Dialética* (que exige tese, antítese e síntese) é a via de acesso à *doutrina esotérica*; é a forma de exprimir os Primeiros Princípios e, para levá-la a efeito, é

⁸⁷ CIRNE-LIMA, no particular (op.cit., p.44), irá lamentar que a doutrina *exotérica* e sua dualidade entre o mundo das coisas e o mundo das ideias, como grande oposição entre dois polos que deveriam ser unificados e conciliados, mas que nunca se unificam, tenha sido aquela que adentrou a cultura ocidental, muito especialmente pela tradição cristã, e, por conseguinte, em nossa educação, deixando um rastro de erros teóricos e de graves deformações éticas: o espírito representa o bom e o corpo o mal. Como exemplo, toma a doutrina de Santo Agostinho, depois assimilada pela esmagadora maioria dos pensadores cristãos e vem até os dias atuais, de que o desejo sexual é um mal em si, algo moralmente negativo, que carrega uma culpa em si e nisso consiste o próprio pecado original. Sendo o corpo rebaixado, o homem perde a unidade sintética de corpo e alma e se transforma em uma caricatura.

⁸⁸ Cuida-se de uma universidade fundada em 1447 na Cidade de Tübingen, localizada no estado alemão do Baden-Württemberg. A universidade recebeu o mesmo nome da cidade em que foi fundada e, nos séculos seguintes à sua fundação, tornou-se uma das mais prestigiosas instituições de ensino, particularmente no que concerne aos estudos teológicos. Seu fundador foi o Duque Eberhard de Württemberg (1445-1496), depois de uma viagem de estudos que realizou pela Itália, quando pode conhecer o sistema universitário daquele país. A Universidade de Tübingen foi organizada segundo o clássico sistema universitário medieval, com quatro cursos (Medicina, Direito, Filosofia e Teologia) e contando com um quadro docente competente entre os quais Gabriel Biel, cuja obra teológica influenciaria profundamente Lutero bem como a teologia mística do final do século XV. Tendo aderido à Reforma em 1524, seu seminário tornou-se um dos principais centros de estudos da teologia reformada de confissão luterana, em contraposição com Heidelberg que, em 1560, se tornou o baluarte acadêmico do calvinismo suíço e alemão. No século XVII, o prestígio de Tübingen começou a se firmar em grande parte graças às vicissitudes vividas pela cidade universitária rival, saqueada que foi durante a Guerra dos Trinta Anos e praticamente destruída na invasão do Palatinado por Luiz XIV, em 1686. Professores ortodoxos brilhantes como Christoph Zeller (1605-1669) transformaram Tübingen num refúgio da teologia luterana mais espiritualista ao ponto de Spener ter ali feito parte de seu doutorado. A expressão da Universidade de Tübingen pode ser aquilatada por ter tido, em seus quadros e no mesmo período, jovens brilhantes e que de várias maneiras influenciaram o pensamento de sua época como Hegel, Schelling e Höderlin, que estudaram juntos no seminário protestante.

preciso um duríssimo tirocínio educativo do qual Platão fala, for exemplo, na *República*.⁸⁹

Para os partidários da Escola de Tübingen, Platão era reticente em suas escrituras por uma escolha, uma questão histórica, e não por uma causa de caráter filosófico: a *doutrina esotérica* era para ser divulgada somente no interior da Academia e pelos experimentados; daí que os túbiguenses substituíram a designação *doutrinas esotéricas* por *doutrinas intra-acadêmicas*.

Muitas são as pistas que nos conduzem a pensar que Platão quis apresentar uma visão unitária de mundo, conciliadora do mundo das ideias e o das coisas, algo que abarcasse o real em sua totalidade e em suas partes.

Não é nosso propósito deduzi-las todas ou esgotá-las, mas parece perfeitamente claro pelo já exposto e pelo seu próprio modo de pensar a *Dialética*, que Platão compreendia a comunicação oral como superior à escrita. Ao menos, isso é o que se pode inferir da seguinte passagem de *Fedro*, no argumento de Tamuz, referente ao valor da escrita:

“[...] ela não representa uma forma autêntica de memória, pois ao confiar a caracteres *exteriores* a sua própria memória *interna*, os homens se tornarão mais esquecidos, isto é, desmemoriados. Em vez do exercício próprio de uma memória viva (*mnéme*), autorreferida, tem-se com o texto escrito o recurso artificial a uma *rememoração* (*hypómnesis*) como signo de morte, de algo passado e exterior ao instante presente. Para o Rei, o texto escrito não pode ser um auxílio ao verdadeiro conhecimento porque ele simplesmente parece repetir sem saber”. O que se marca, assim, é o valor da escrita como simples representação da fala, esta sim capaz de produzir o verdadeiro conhecimento como função da memória autêntica. O poder do *lógos*, o discurso vivo, na presença e sob o controle de quem fala, está na razão direta de sua proximidade para com a origem, entendida como função de uma *presença plena*, a do *pai do discurso* ou, como se diz modernamente, sujeito falante”.⁹⁰

Com efeito, em seus discursos, Platão ensinava de forma verbal, de modo falado, enfrentando e unindo caso a caso suas preleções, desde os seus pontos de vista mais profundos. Se ali estavam suas ideias, um olhar atual somente sobre os seus escritos jamais irá nos dar a dimensão nem nos permitirá compreender, só pela doutrina escrita (*exotérica*), a magnitude de seus ensinamentos. Para isso, precisaríamos retornar no

⁸⁹ É nesse propósito - e não no intuito do mal ou da crueldade - que Platão defende a severa educação dos filhos pelo Estado. Disso se pode compreender, e não necessariamente concordar, o que Platão quis dizer, em *A República*, pela boca de Sócrates, quando disse a Glauco: “*Todas essas mulheres serão comuns a todos esses homens, e nenhuma coabitará em particular com nenhum deles; e por sua vez, os filhos serão comuns e nem os pais saberão que são os seus próprios filhos, nem os filhos, os seus pais*” (op.cit., p.152).

⁹⁰ NASCIMENTO, Evandro, in *Derrida*. Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar (Coleção Filosofia passo a passo), 2004, pp.20-21.

tempo e estarmos com ele na Academia⁹¹. A verdade difundida por escrito é parcial e produto de uma matriz de difusão, ou seja, não exatamente igual ao que foi ouvido e necessariamente dependente de quem ouviu e como compreendeu ou interpretou e, a partir disso, lançou no papel.

Ademais, a verdade, por tudo que vimos, em Platão, é um atributo exclusivo da alma; em sendo assim, por corolário lógico, os ensinamentos verdadeiros estariam contidos no âmago do ser humano; tais ensinamentos, provenientes diretamente da palavra do “Mestre”, não de ser tidos como mais valiosos do que sua reprodução por terceiros.

A oralidade, no ideário platônico, é autossuficiente para reproduzir, com toda exuberância necessária, um discurso elaborado pela escritura. Em contrapartida, um escrito teria extrema dificuldade em esboçar todas as manifestações de um discurso elaborado pela fala, pois a vivacidade encontra-se na fala e não na escrita, esta compreendida como uma linguagem inerte, petrificada, que não galga a amplitude do real entendimento humano.

Em síntese, Platão parece vivamente acreditar que a nossa compreensão está para além da escrita, o que, de certo modo, explica, por assim dizer, uma *desconfiança* dele no que tange à divulgação do saber para fora da Academia. Os escritos fornecem tão só o manancial ou o instrumental para que se possa *trazer à memória* algum conhecimento anteriormente concebido. A escrita é inanimada, sem vida, ao passo que o discurso oral é vivo, dinâmico, acalorado, intenso. O discurso escrito é como uma imagem, ou seja, uma cópia nem tão fiel nem tão abrangente como o discurso feito na dimensão da oralidade.

Além disso, se na Academia o ensinamento oral era plenamente exercido em sua acepção mais ampla possível, envolvendo todas as modalidades de conhecimento, e levando-se em conta que, em Platão, é na alma que estão contidas todas as verdades, nada mais lógico e justo do que fazer uma defesa em prol da oralidade como via integrada, participativa, envolvente, ampla, completa e, portanto, como a mais abrangente do próprio saber, numa perspectiva mais digna e eficaz contra possíveis enganos da via escrita que, não raro, obscurece a razão.

91 A mesma proposição poderíamos fazer em relação às “Sagradas Escrituras”, trazendo essa postura para a *Doutrina Cristã*: partindo do pressuposto do nascimento do Cristo, filho de Deus, é mais provável que sua doutrina tenha sido mais bem esclarecida, ou compreendida em sua plenitude, quando verbalizada diretamente aos seus discípulos, do que o que quer que tenha sido escrito, posteriormente, por terceiros, sobre os temas por ele oral e diretamente profetizados.

Tal entendimento se extrai claramente, dentre outras passagens, do trecho contido em 344c e 344d da *Carta VII*:

“[...] quando vemos alguma composição escrita, ou seja, de um legislador, a respeito de leis, ou de outro indivíduo sobre assunto diferente, é certeza não ter o autor levado muito a sério o seu trabalho, ainda mesmo que se trate de um sujeito grave, por haver ficado retido o pensamento na porção mais nobre de sua alma. Mas, se, de fato, o confiou à escrita, como coisa da mais alta importância, então, é que os humanos, não os eternos do Olimpo, fizeram que ele o juízo perdesse”.⁹²

Diga-se, por oportuno, que a importância da oralidade já era enfatizada pela filosofia socrática inspiradora de Platão. De efeito, Sócrates, concedendo-se que ele existiu⁹³, nada escreveu. Teria isso ocorrido por acaso? Ou essa ausência de uma filosofia escrita se deu justamente por uma convicção em torno da eficácia da comunicação oral, por perfilhar o mesmo entendimento platônico, segundo o qual, aquele que é possuidor da ciência não opera com a devida seriedade ao fixar com tinta, sobre meros papéis, as coisas que lhe são mais caras?

É razoável pensar que tenham comungado do entendimento de que *o escrito serve apenas para remediar o esquecimento*. Por isso é que, na oralidade, a *Dialética* atinge sua plenitude; é plausível considerar que é na *doutrina esotérica* que estão delineados os *Primeiros Princípios* que permitem a conciliação entre a dualidade inicialmente comunicada pela *doutrina escrita* de Platão.

A este propósito, Giovanni Reale⁹⁴ vai ao ponto de afirmar que, na *Carta VII*, escrita por volta de 353-a.C, está evidenciado que a *Doutrina dos Princípios Supremos* do real não só foi ouvida por Dionísio, no ano de 361-a.C, por ocasião da terceira viagem do Filósofo à Sicília, sendo, ainda, muito provável que Dionísio já a tivesse mesmo ouvido na época da segunda viagem (que teria se dado em 366-a.C), o que o autoriza a dizer que, por aproximadamente 20 anos, as *doutrinas não-escritas* de Platão permaneceram as mesmas em sua essência e em sua beleza.

Nesse sentido, o autor vai destacar o diálogo de Sócrates com Fedro:

Sócrates - E então? Consideramos agora outro discurso, irmão legítimo deste? Vejamos de que modo nasce e, pela sua natureza, quanto seja melhor e mais poderoso do que aquele?

Fedro - Qual é esse discurso, e de que modo dizes que nasce?

Sócrates - O discurso escrito, mediante a ciência, na alma de quem aprende, e que é capaz de se defender por si e sabe com quem deve falar e com quem deve calar.

Fedro - Pretendes referir-te ao discurso de quem sabe, o discurso vivo e animado, do

⁹² PLATÃO, in *Diálogos de Platão*. Tradução de Carlos Alberto Nunes. Belém do Pará: Editora da Universidade Federá do Pará, 1975, p.159.

⁹³ E o questionamento vai a conta de registrar as dúvidas lançadas por alguns pensadores em torno de ele ter sido apenas um alterego (e não um heterônimo) de Platão.

⁹⁴ REALE, Giovanni, in *Para uma Nova Interpretação de Platão*. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2004, p.86.

qual se pode dizer, com razão, que o discurso escrito é uma imagem?
Sócrates - Justamente este.⁹⁵

Nisso não vai nenhuma postura de abandono à tradição escrita. Também não há aqui nenhum propósito de desvalorizar os diálogos literários de Platão. Antes, constitui um esforço, com base em pensamentos igualmente filosóficos, de uma releitura de Platão, no sentido de *reconquista* de uma dimensão assaz importante para a interpretação desses mesmos escritos, considerando, especialmente, o ambiente e a historicidade de que deles tivemos ciência ao longo da história, ou seja, séculos depois de terem sido escritos.

E essa releitura só pode efetivamente ser levada em conta, se for no objetivo de uma melhor interpretação dos textos platônicos, no propósito de afastar a pecha de uma filosofia aporética, inconclusiva, desconexa e sem síntese, buscando, na própria filosofia platônica, a sua completude e a sua complementaridade, dignificando a sua doutrina como um todo.

Os princípios metafísicos platônicos, segundo parte dos filósofos, tanto em sua expressão, como em seu conteúdo, diferem das lições escritas dos diálogos. Argumentam que, oralmente, Platão afirmava que não era a ideia o fundamento do *Ser*, mas dois outros princípios que a antecedem: o *Um* (princípio da unidade) e o *Outro* (princípio da dualidade), princípios matemáticos postulados provavelmente com o intuito de resolver o problema da participação, senão, vejamos.

No mundo do *Ser*, constituído somente de formas em que partes se conectam e partes não se conectam, parece ter banido completamente a consideração do valor. Platão, que, na *República*, no vértice do *Ser*, situava o *Bem* e considerava todas as ideias fundadas sobre tal valor supremo, parece ter querido definir o *Ser* apenas em sua estrutura ontológica: simplesmente o ser enquanto ser.

Já em idade mais avançada, Platão irá estabelecer uma nova indagação sobre o *Bem* para o homem e aí vislumbra esse *Bem* como uma *forma de vida*, incluindo, nesse entendimento, uma forma de vida propriamente humana. Essa forma de vida humana, em outro giro, não pode se fundar somente no prazer, próprio dos animais, tampouco numa vida de pura inteligência.⁹⁶

Assim, o importante é determinar uma justa proporção entre o prazer e a inteligência. É aí que Platão irá encontrar uma forma perfeita do *Bem* que acaba

⁹⁵ Op.cit., pp. 8-59.

⁹⁶ Que aí seria divina e não humana.

convertendo numa ideia de medida, em que a indagação moral se transforma numa indagação metafísica de fundamento matemático: o jogo de opostos de raízes pitagóricas, de onde retira substrato para a sua *Dialética* - o caminho rumo ao conhecimento do *Bem* -, buscando a ideia de limite e ilimitado: qualquer mistura proporcional está constituída por esses dois elementos. Em sua filosofia, Platão sempre envidou esforços para reduzir a virtude a uma disciplina rigorosa, exata, que pudesse constituir a base do ensino e da educação em sociedade. Na sua crueldade e desumanidade, a teleologia ainda era o bem do todo.

Já destacamos, em outro momento, que os governos, segundo Platão, deveriam ser exercidos por filósofos, apontando as suas razões. Esses filósofos deveriam ser educados segundo disciplinas como ginástica, música, aritmética, geometria, astronomia, harmonia, enfim. Porém, todos esses ensinamentos, em sua doutrina, eram meramente introdutórios à verdadeira ciência que considerava a *Dialética*, aquela que abria caminho ao verdadeiro conhecimento, o conhecimento das ideias, do mundo inteligível, da sabedoria, e que iria lhe permitir definir a ideia do *Bem*. Filósofos, pela sabedoria, jamais almejavam transcender o mundo dos sentidos para alcançar senão o bem do todo. Por meio dela, Platão pretendeu coroar todo o edifício da ciência; com ela, se atingiria a fronteira de tudo o mais que chamamos “*saber*”.

A *Dialética* cuida de um método que o Filósofo acreditava ser o caminho que conduziria, então, ao *Bem*; a ciência suprema que nos possibilitaria dele nos aproximarmos. Ela consistiria na existência de uma primeira etapa, baseada no jogo de opostos, em que tais polos, inicialmente, se repelem e se excluem, mas, numa segunda etapa, se unificam numa síntese, que é algo mais alto e mais nobre, onde os dois opostos iniciais, tese e antítese - *Ser* e *Não-Ser* - estão superados e guardados. E por meio dela, da síntese, o Filósofo vislumbra a superação entre o mundo inteligível e o mundo sensível.

Platão nos assegura que a *Dialética* é um procedimento científico que busca aprender, caso a caso, metodicamente, a verdadeira essência de todas as coisas, embora, como vimos, ao menos de forma escrita, tenha estado muito longe de mostrar, de modo claro e ostensivamente, esse caminho, limitando-se a sinalizar seu caráter metódico, sem apresentar os seus resultados e sem esmiuçar a sua justificação.

Por esse conjunto de razões - os partidários da doutrina não-escrita, até por respeito ao grande Filósofo, sustentam, em todas as proposições que, em uma primeira leitura parecem desprezar a vida humana, o ser individual e concreto, ao admitir a escravidão e

a estratificação social - é temerário reputar a sua doutrina, isoladamente vista como o nascedouro do Estado Totalitário, porquanto, onde quer que esteja a sua Filosofia, a sua construção se ordena para o *bem* (em Platão, uma categoria social só exercitável na vivência coletiva), notadamente, para o *bem comum*, o que seria inimaginável no pensamento totalitário.⁹⁷

Não se desconhece, por outro lado, que essa polêmica ainda divide os estudiosos. Também se compreende que a própria *Filosofia é uma busca*. Assim, importante é registrar que todas as considerações acerca de Platão ter desenvolvido, de verdade, uma doutrina escrita (*exotérica*) e outra não escrita (*esotérica*) apenas são trazidas a este estudo, a propósito das profundas críticas que tecemos, com base em sua doutrina escrita, acerca de seu modelo jurídico-político carente de humanidade, que se põe a qualquer ideia de centralidade do homem no fenômeno constitucional; que nega qualquer sentido à condição humana e à sua dignidade imanente, como respeito ao indivíduo, e coloca no poder de decidir a felicidade do homem no Estado, tomando sua liberdade e autonomia, conferindo ao governante poder ilimitado e sua primazia em definir o “bem” do indivíduo, do que nenhum traço de solidariedade, no que tange à sua essência, se pode extrair.

Em que pese a Filosofia ser, em si e por si, uma constante retomada do pensamento sobre as coisas que são, e reconhecendo que, para compreender o texto é imprescindível se colocar na dimensão da coisa pensada e pensar em todo escrito, *aquilo que não está escrito* (o que não está nos limites do texto; o que é implícito; a comunicação que ao texto subjaz) e que se furta a qualquer determinação, sendo esta a maneira segundo a qual muitos dos diálogos e das teorias platônicas foram lidos, pelos textos escritos e sua

⁹⁷ Que, como bem analisado por Celso Lafer (in *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991), cuida-se de “um fenômeno inédito e estranho, que não se confunde com os diversos tipos despótico-autoritários de tirania” (op.cit., p.99) e que não enquadra no jogo de opostos do bem e do mal, porque nele, ao contrário da postura platônica, não existe a ideia de bem tampouco de utilidade; não há falar, de um lado, em um mundo superior do ser e da verdadeira realidade, e de outro, em um mundo inferior do fenômeno e da aparência, mas de uma realidade inédita com a marca do mal pelo mal. No pensamento totalitário não há qualquer conexão ou condição de possibilidade de uma verdade transcendental, atemporal e imutável, vinculada a valores, nele, a lógica, que rompe com a ideia de um Direito Natural e, ao mesmo tempo, com qualquer lógica do ao menos razoável, é a do poder pelo poder e a do constante movimento, “necessário para que o mundo, no dia-a-dia, não adquira a normalidade que advém da estabilidade que as leis e as instituições conferem” (op.cit., p.95); ainda, como refere o autor, o pensamento totalitário, ao romper com qualquer ideia de bem, nele apenas se pode identificar inimigos objetivos, onde não há culpados (conforme Celso Lafer, na obra citada, p.102, “o terror manda cumprir esses julgamentos, mas no seu tribunal todos os interessados são subjetivamente inocentes”, as vítimas, porque não têm culpa de nada, e seus algozes, porque dão cumprimento à legalidade estrita, identificada com justiça), mas, inocentes inúteis, descartáveis, inservíveis ou estorvos ao projeto de dominação que nunca almejou o bem comum e que, em nome dela, se arrogou no direito de dizer quem era indigno de viver. Essa ideia do mal jamais permeou o pensamento platônico na leitura que dele fizemos.

compreensão - o que, de fato existe e não constitui mera especulação -, com a vênia de todos os entendimentos em contrário, sobejam elementos para sustentar que o seu modelo de República perfeita é carente de qualquer perspectiva humanista, porque em sua centralidade está uma busca de um *Bem absoluto* que despreza o ser humano, sem embargo de primar pelo bem da coletividade.

Em conclusão, Platão é o primeiro grande crítico do individualismo e o primeiro a pensar na generalidade ontológica de um modelo societário. Teve, efetivamente, o mérito de afastar a absoluta relatividade da verdade, ao sustentar, ao revés de Protágoras, a sua existência bem como a existência de uma ordem de valores superiores e universais, atemporais e espaciais, ideia que assumirá extraordinária importância para uma leitura de solidariedade quando essa ordem superior de valores se deslocar de um plano cosmológico para um paradigma personalista, assim como terá relevância para afirmação da ideia de pessoa, de dignidade, de solidariedade, de “bem comum” e de dever, segundo o Cristianismo e toda a Filosofia Cristã, que desenvolvem a noção de *pessoa* e de sua dignidade intrínseca como algo inato, irrefutável e inalienável.

Antes, contudo, precisamos examinar a contribuição de Aristóteles no tema da solidariedade, examinando sua concepção de homem e seu entendimento de humanismo, segundo o modelo político-jurídico que em sua filosofia o Estagirita propôs, tema do qual nos ocuparemos no capítulo seguinte.

CAPÍTULO 3 - Aristóteles: o homem como um “animal” social e o bem-estar

Em Aristóteles (384-322 a.C.), o tema solidariedade - embora ainda não segundo a nossa compreensão em torno do tema - ganha corpo e contornos efetivos de *deveres* ligados a uma finalidade existencial, em especial, em sua *Teoria da Justiça*. Foi ele o primeiro doutrinador a se ocupar sistematicamente do assunto e a perscrutar o seu conteúdo⁹⁸, obviamente dentro do contexto da sociedade hierarquizada e escravocrata

⁹⁸ Antes, nem mesmo em Platão, como se viu, havia, no pensamento grego, uma definição de conteúdo e muito menos uma sistematização em torno da Justiça, não obstante, precedendo a própria Filosofia e qualquer espécie de investigação científica de racionalização, o tema da Justiça tenha aparecido em textos de cunho mitológico, muito especialmente aqueles atribuídos a Homero, primórdios em que a Justiça era tratada sem qualquer profundidade, sendo, ainda, identificada, necessariamente, com a vontade divina, postura apenas superada a partir do momento em que o homem, na busca de se libertar do dirigismo divino, começou a pensar o mundo de acordo com parâmetros antropocêntricos, situando o homem como o centro do universo, redundando disso, dentre outros aspectos, uma espécie de humanização do *justo* e do *injusto*. Mesmo aí, as primeiras preocupações não se centraram nessa temática, mas, sim, na origem e na essência das coisas, sempre sob o ponto de vista cosmológico, girando, invariavelmente, em torno da origem e evolução do universo. Vale o registro de que os pensadores pré-socráticos, em geral,

em que vivia o que, de plano, permite inferir um sistema que se apresenta desde logo divorciado de um verdadeiro humanismo centrado na pessoa humana e em sua dignidade inalienável.

O caráter teleológico marca sua visão de mundo, da natureza, baseada na noção de finalidade, pois, na perspectiva aristotélica, a ciência da natureza busca a identificação da finalidade das coisas. Também muda, em seu pensamento, o modo de o homem chegar ao conhecimento. O objetivo da ciência é entender o sentido da existência e da mudança das coisas da natureza, ou seja, compreender por que e para que as coisas mudam.

O Filósofo de Estagira estava de acordo com o seu mestre Platão, quando afirmava o homem isolado como um ser da natureza, que flui, que passa, pois, como tudo nela, também o homem nasce, cresce, envelhece, degenera e morre.

Entretanto, a ideia ou o conceito de homem, como todos os conceitos de todas as coisas, não são, ao seu modo de ver, ideias inatas, existentes num mundo paralelo e metafísico àquele em que vivemos; são ideias ou conceitos criados pelos homens e para os homens.

Essa criação, por outro lado, somente ocorre depois de os homens terem visto um determinado número de coisas, ou seja, depois de uma *vivência*. A ideia ou a forma de homem ou das coisas em geral (o conceito) não emana de uma estrela fictícia, representativa de um mundo ideal; a ideia ou a forma não existia e não existe antes de uma experiência vivida.

Para Aristóteles, a forma de homem, por exemplo, resulta das características humanas. Diferentemente de Platão, o Filósofo de Estagira compreendeu que a

concebiam a natureza e a organização da vida como algo integrado, como faces inseparáveis de uma ordem única e suprema, isto é, uma ordem metafísica una, dela fazendo parte todas as coisas humanas e naturais que obedeciam as mesmas ordens ou regras eternas e perenes a reger todo o universo. A Justiça Política, nesse diapasão, enquanto princípio conformador das leis das cidades-Estado gregas, era, por conseguinte, definida pelo próprio cosmos: *“justo e injusto, neste primeiro período da filosofia ocidental representavam categorias de contornos imutáveis, delineados pela ordem universal pré-definidas, à qual as normas jurídicas que governam a sociedade política necessariamente se adequavam”*, subsistindo a crença de que *“o caos inicial do universo, composto de elementos originalmente díspares, havia sido transformado em ‘ordem’ por meio da ação divina que, mantendo intactas as essências de todas as coisas, harmonizou-as, possibilitando, entre outros aspectos, a coexistência humana em sociedade. Este toque ordenador da deidade foi realizado, justamente, pela deusa Diké”* (CASTILHO, Ricardo, in *Justiça Social e Distributiva*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.6) , ou seja, pela deusa da Justiça. Logo, o pensamento pré-socrático, em que pesem as divergências, mantinha um traço comum, baseado em um jusnaturalismo cosmológico, impregnado pela metafísica, numa espécie de transição do mito para a Filosofia. Em decorrência desse jusnaturalismo cosmológico, que sustentava um princípio único de Justiça, com origem em uma ordem igualmente cosmológica superior, tal princípio se aplicava, indistintamente, tanto às relações humanas, às normas das cidades-Estado como a todas as relações de causa e efeito que regem a natureza, seja viva, seja morta, confinando o homem nos domínios divinos e naturais, aprisionado e reduzido à mera parte do cosmo.

realidade se constitui de várias coisas isoladas que representam, ao mesmo tempo, uma unidade de *forma* (as características peculiares da coisa) e *substância* (o material de que a coisa se compõe). Quando as conhecemos, apenas as ordenamos em diferentes grupos ou categorias segundo as características que nelas observamos (por gêneros).

Como se percebe, Aristóteles não separou o homem da natureza. Ao contrário, foi o filósofo grego que tratou de pensar o homem nela completamente arraigado, jamais acima dela, concebendo abertamente *a sociedade política como um elemento natural da sociabilidade humana*, inserida no próprio contexto de *justiça*.

A ordem do conhecimento segue a ordem do “*Ser*” - que, para ele, é a da realidade concreta -, e não a ordem do “*Dever-ser*”. E o “*Ser*” se diz de várias maneiras, postura com a qual Aristóteles inaugura uma nova maneira, agora, discursiva e analítica, e não dialética, de alcançar a verdade.

Até certa medida, o Estagirita manteve-se fiel à herança platônica, mas Aristóteles, ao contrário de Platão, pensou o “*Ser*” não como alicerçado em um *Bem Supremo*, distante do mundo sensível; antes, como o *fundamento* de tudo o quanto existe. O *cosmos* e o *homem* estão presentes no “*Ser*” e não há, portanto, um mundo de *ideias eternas* separado do mundo das coisas, o que demonstra que Aristóteles valorizava a experiência, o mundo sensível (rechaçado por Platão como um lócus de qualquer conhecimento verdadeiro e de qualquer verdade imutável. O plano da mera opinião).

Tudo isso está relacionado com o seu modo próprio de ver e compreender o mundo, a natureza e o homem. Em Aristóteles, todos os seres do cosmos - o homem, inclusive -, partilham limitadamente do “*Ser*”. O cerne da gnosiologia aristotélica, no que concerne à validade do conhecimento, não é constituído, como em Platão, pela hipótese de ideias subsistentes e independentes do mundo.

Para o Estagirita, o fundamental é o conhecimento da realidade que nos circunda e é aí que ele coloca a sua noção de *substância*. Se, em Platão, substância equivale à matéria, para Aristóteles, ela será o substrato, o suporte pelo qual a matéria constitui algo seguindo uma forma.

A existência da substância depende sempre dos indivíduos que são classificados em gêneros e espécies. A *substância* será sempre o *sujeito*, aquilo do que se fala, do que se atribui ou predica algo.

Aristóteles a divide em duas, a *substância primeira* e a *substância segunda*. A *substância primeira*, em Aristóteles, sempre se refere aos seres particulares, aos individuais realmente existentes. Neles se acham contidos tanto os *essenciais* como os

acidentais. Já a *substância segunda* diz com os universais abstraídos dos indivíduos; eles não constituem referências mediadas pelo raciocínio ou pelo pensamento.

Não há síntese, nem *Dialética*. Aristóteles segue, como se antevê, a linguagem da gramática (da lógica) e, por meio dela, analisa o mundo que, na sua doutrina, se desenvolve da mesma forma gramatical (a gramática do mundo): a estrutura *ontológica* (do “*Ser*”) corresponde à estrutura da *lógica* (sujeito e predicado), porquanto compreende que a estrutura do jogo de opostos nada diz, ou melhor, se contradiz, ao afirmar e negar algo sob o mesmo aspecto ao mesmo tempo (“*Ser*” e “*Não-Ser*”). As grandes *Leis da Lógica*, portanto, são, também, na perspectiva aristotélica, as grandes *Leis da Ontologia* (do Ser).

O sujeito lógico da linguagem, nas coisas, corresponde à *substância primeira* (o que está por debaixo das coisas), o que chama de *primeiras essências* (aquilo que guarda identidade consigo mesmo; que confere unidade interna à coisa, sem a qual não há determinação; sem o que tudo é misturado e indistinguível; é o que faz a coisa ser o que é, e não outra coisa).

Aristóteles admite que pode haver outras determinações, mas isso é apenas uma possibilidade, uma vez que não constituem uma característica própria do sujeito e, por isso, ele irá chamá-las de *acidentes* (o que pode ser e pode também não ser, sem com isso descaracterizá-la; sem que a coisa deixe de ser o que é).

Contudo, na estrutura lógica de uma proposição gramatical perfeita, bem formada, não há só sujeito (a quem se atribui algo; de *quem* se fala), mas, também, predicado, uma declaração sobre o sujeito (aquilo que indica *como* algo está ou é).

Sim, pois para se atribuir algo a alguém ou a alguma coisa (sujeito) é preciso que existam categorias que digam o ser de vários modos, categorias essas que Aristóteles concentra em nove modalidades: qualidade, quantidade, relação, lugar, posição, tempo, posse, ação e paixão.

No predicado das coisas (do sujeito), há também, na perspectiva aristotélica, aquele que é necessário, como há aquele que é permitido. Ou seja, nas coisas (sujeitos lógicos da gramática), *o predicado necessário corresponde à essência. A essência é a substância determinada por sua característica necessária* (o que faz da coisa ser *como* ela é; o que a especifica ou a caracteriza em meio a outras coisas. Seria, por exemplo, a racionalidade que diferencia o homem de outros animais).

Já os predicados permitidos ou não necessários correspondem ao *acidente*. Logo, *acidental* é, nas coisas, uma característica que a substância pode possuir como não

possuir. O casaco pode ser preto ou branco. Mas será sempre casaco. O homem pode ser branco, negro, pardo, amarelo e assim por diante, sem perder a característica de ser homem, uma postura que se aproxima da ideia de igualdade em essência.

Cirne-Lima⁹⁹, buscando detalhar a doutrina aristotélica neste aspecto, o que aqui utilizamos apenas como contraponto ao pensamento platônico, sem pretensão de esgotar essa temática, explica que “*a essência das coisas é diferente dos acidentes. A essência é necessária para a coisa ser o que é; os acidentes não são necessários*”.

Isso não significa que *substância* e *essência* sejam a mesma coisa. A substância (que subjaz a coisa) contém dentro de si dois elementos constitutivos, sendo um deles a essência, que funciona como a forma (e aqui reaparece a teoria das formas platônica) e o outro a matéria. Assim, essência (forma) e matéria estão na coisa. Alma e Corpo são o *Ser* - logo, não há desprezo do corpo humano na teoria de Aristóteles. Além disso, ele traz a transcendência (a alma) para dentro do Ser e faz dela algo dele imanente e constitutivo -. Trata-se de um composto. A substância se compõe de forma e matéria. A forma lhe dá contorno e determinação. Matéria é aquilo em que a forma se realiza.

As categorias ou predicados são apreendidos diretamente, sem qualquer necessidade de demonstração. Não são *conhecimentos*, na medida em que decorrem logicamente de um conjunto de proposições declarativas do qual podemos extrair uma conclusão. É o que, na Lógica, identificamos como silogismo, em que tais categorias possuem as duas propriedades a saber: a *extensão*, definida como um conjunto de coisas determinadas por uma categoria; e a *compreensão*, consistente em um conjunto de características que uma categoria designa.

Dessa combinação, teremos que, quanto maior a extensão de uma categoria ou termo menor será sua compreensão e vice-versa. Ilustrativamente, Aristóteles é apenas um indivíduo (menor extensão e maior compreensão); já “homem” é uma categoria maior em que Aristóteles está inserido (logo, porque maior extensão, menor será a sua compreensão).

Esse modo de o Estagirita analisar o mundo permite classificar as coisas por categorias segundo seu gênero (extensão maior, compreensão menor. Por exemplo, um animal); sua espécie (extensão média e compreensão média. Por exemplo, o homem); e, dedutivamente, individualizá-lo (extensão menor e compreensão maior. Por exemplo, Aristóteles), fazendo da lógica o instrumento do pensar corretamente (por meio de

⁹⁹ Op.cit., pp.69-70.

silogismos dedutivos, exatamente como pensamos o Direito no sistema do Direito Posto ou da *Civil Law*, segundo, também, a tradição romano-germânica).

Cada coisa, em Aristóteles, possui, ainda, quatro causas, duas externas e duas internas: As causas externas são a *causa eficiente* e a *causa final*; as internas são a *causa formal* e a *causa material*.

Causa eficiente é aquela que produz (ação); *causa final* é a finalidade da coisa; a *causa material* é de que é feita a coisa, e *formal* é a causa com que está caracterizada a matéria (sem a forma, a matéria é indeterminada, é algo vazio, inexprimível, informe e inerte, dependente da forma que lhe dá feição e contorno).

Sintetizando todos esses aspectos, é possível concluir que Aristóteles tem para si que a coisa concreta é composta de substância e acidente, ou seja, o que é necessário e aquilo que apenas acontece ao acaso, segundo a contingência.

A água, por exemplo (substância), será a mesma água, esteja ela em estado líquido, sólido ou gasoso (predicados permitidos, não necessários, acidentais, para caracterizá-la como tal). Dentro da substância (que constitui o núcleo duro da coisa), a essência é causa formal e a matéria é pura potência.

Há um detalhe importante a ressaltar: na análise de mundo aristotélica, dentro da substância (que constitui o núcleo duro da coisa), a essência é causa formal e a matéria é pura potência. Eis aí o cerne de toda Metafísica em Aristóteles e o que nos permite dizer que, em seu âmago, o Filósofo não abandonou de todo a Metafísica do Conhecimento, segundo seu mestre, e continua sendo discípulo de Platão, justamente a propósito de pensar na passagem da imagem sensível das coisas à intelecção (o conceito).

Em Platão, as formas estão no mundo das ideias (escritas nas Estrelas); Aristóteles recorre à Teoria das Formas, mas irá dizer que elas não estão em um lugar separado, senão que dentro das próprias coisas, reclamando, também, uma passagem do que é sentido ao que é o conceito.

Essa passagem do sinal sensível para a intelecção, Aristóteles reconhece que não pode ser feita pelas coisas mesmas; quem as engendra, na sua Metafísica, é o *intelecto*, em sua função ativa.

Pois bem. Em Aristóteles, a forma que dá feição e contorno às coisas - aos moldes de um princípio vital que existe dentro de cada coisa - é a mesma forma que está implícita na imagem sensível produzida pelos sentidos, porque, repita-se, a forma e a imagem sensível estão dentro da mesma coisa (e não em mundos separados).

Há em cada homem, no imaginário aristotélico, um intelecto agente que se volta para a imagem produzida pelos sentidos internos e externos e com sua luz a ilumina. Ou seja, ilumina o interior de cada ser, assim como o sol dá luz externa, clareando os sinais sensíveis.

Sob a luz desse intelecto agente aparece a *forma* que *estava desde sempre dentro da coisa mesma* (o conceito ou a essência do Direito, por exemplo, embora Aristóteles nunca tenha dito isso dessa maneira, também deve estar, por corolário lógico). Desse modo, a forma que confere aspecto à coisa, que é a mesma que está implícita na imagem reproduzida pelos sentidos, iluminada pelo intelecto agente, que se desprende da matéria, onde é extensa, espaciotemporal e contingencia, e assume-se pura.

Quando a forma, ínsita nas coisas, penetra nos sentidos, sob a luz desse intelecto agente, então ela se transforma e adquire suas verdadeiras características, em que são eternas, necessárias, inextensas, e estão fora de qualquer espaço e tempo: *a forma eterna* vem à luz, cintila, sob a atuação do intelecto agente. *Nós vemos com os nossos sentidos, mas o que vemos nada mais é do que o nosso intelecto agindo em nós*, ideia da qual Aristóteles infere as formas universais e eternas das coisas individuais e contingentes.

A forma, enquanto presa à matéria, é só potência; um simples *Poder-Ser*. Nas coisas individuais, em nosso mundo concreto, a forma é contaminada pela matéria e não é transparente em si mesma; não é pura, não é verdadeira, porque não é só forma. Porém, quando ela é pensada pelo homem à luz do intelecto agindo sobre ele, a forma se liberta da matéria e volta a si mesma; volta a ser só forma. A luz do intelecto, agindo sobre a forma, a atualiza e a torna sempre presente, ciente de si mesma, sendo aí, ato e potência, imbricando-se “*Ser*” e “*Poder-Ser*”: o intelecto agente ilumina a forma que dormia em potência dentro da coisa e dentro da imagem produzida pelos sentidos, atualizando-a, fazendo-se *perene*, independente de tempo e lugar.

Sob a luz do intelecto agente, a forma se destaca da matéria, que a individualiza e a prende (a imagem torna a coisa sempre presente, capaz de produzir reações, inclusive químicas, como o caso do limão¹⁰⁰), e volta a ser forma pura, forma sem matéria, necessária, fora do espaço e do tempo, uma *forma inteligível*. A forma ínsita nas coisas quando penetra em nossos sentidos, sob a luz do intelecto agente, transforma-se e adquire suas verdadeiras características; torna-se uma forma eterna, que vem a lume sob

¹⁰⁰ Isso até se pode experimentar: é só fechar os olhos e imaginar que se está dando uma mordida em um limão. O limão não está presente; mas a ideia de limão está e provoca, invariavelmente, uma reação química no indivíduo, qual seja, a salivação, como se o limão houvesse sido mesmo mordido.

a atuação de um intelecto que age. Ou seja, nós vemos as coisas, mas quem vê mesmo é o intelecto agente em nós.

Disso se pode extrair que, ao revés de Platão, Aristóteles, além de preconizar a existência de um intelecto agente e racional em cada homem, também deriva de seu interior e do mesmo intelecto uma ordem de valores superiores que já não repousa num mundo dicotômico, transcendente e inalcançável pelos indivíduos.

No pensamento aristotélico, que não divide o mundo real do transcendente, a natureza configura o conjunto do mundo exterior onde nos é dado viver. É o cosmos ordenado, do que é intrínseca a ideia de uma ordem hierárquica, harmoniosa e justa. Já o conhecimento deve revelar a causa final, e o fim da natureza aristotélica não é apenas *matéria*, mas, também, *a forma* (a arte, a beleza).

Nesse contexto, a natureza, em Aristóteles, é compreendida como um movimento de *finalidade*: a natureza de sua coisa é, precisamente, o seu fim, e um ser qualquer, seja qual for a sua espécie, será considerado perfeito quando estiver em conformidade com o seu fim¹⁰¹, segundo deve estar na ordem das coisas¹⁰². Não é apenas um ato, mas, e preferencialmente, o que ele tende a ser, o que ele potencialmente é sua *felicidade*, o que o Estagirita compreende como o *Bem Supremo* procurado por todos os homens, o fim que a natureza humana visa.

Efetivamente, Aristóteles compreende a natureza como princípio e fim do movimento¹⁰³, e não como algo que busca fora de si o movimento. Na natureza, tudo parte para a realização de um fim que é inerente ou próprio a cada coisa.

Transportando esse entendimento para o *homem*, há que se concluir que também a sua natureza tende a um fim, ou, em outras palavras, que há uma finalidade também para a existência humana. Extraí-se daí que Aristóteles já não está preocupado apenas com um desencadeamento causal ou com a descoberta de onde tudo partiu, algo que permita traçar o caminho de volta até o começo (o princípio). Ele está preocupado com a realização dos fins que, para ele, no que concerne ao homem, é a *felicidade* do ser

¹⁰¹ In FARIAS, José Fernando de Castro. Op.cit., p.44.

¹⁰² Aristóteles busca, em sua filosofia, identificar o que é peculiar ao homem, já que vida até as plantas têm. Então, ele enxerga na atividade racional do homem o seu diferencial de outras espécies. Nessa linha de raciocínio, a função do homem é uma atividade da alma que implica, a seu juízo, um princípio racional. E essa função própria do homem é uma espécie de vida, constituída, à sua vez, por uma atividade ou por ações da alma (princípio racional). Assim, a função de um bom homem é uma boa e nobre realização de tal atividade. Uma ação será bem executada quando estiver de acordo com a excelência que lhe é própria. “*Se de fato é assim, repetimos, o bem do homem vem a ser a atividade da alma em consonância com a virtude e, mais que uma virtude, em consonância com a melhor e mais completa entre elas*” (op.cit., p.27). Não basta, porém, um agir bem episódico, circunstancial, porque isso não faz um homem feliz e virtuoso.

¹⁰³ E, neste aspecto, é tributário de Parmênides.

absolutamente inserido nessa natureza. Resta saber, como logo mais se verá, quem, no modelo jurídico-político por ele defendido irá colmatar os fins e definir o conteúdo da felicidade, e que humanismo desponta na doutrina aristotélica.

A tese fundamental dessa visão de mundo está em que cada coisa na natureza existe para alcançar um determinado fim ou meta, que, na percepção aristotélica, seria a realização perfeita, a *realização plena da função que lhe é própria*. Ou seja, para alcançar um determinado lugar, o “lugar natural” que cada elemento tem na natureza, porquanto, o verdadeiro “se” de cada coisa, sua essência, consiste na finalidade de sua existência.

Desse modo, na visão aristotélica do mundo e do homem - inserido nessa mesma natureza -, o conhecimento científico era tido como o fim supremo do homem, a realização do melhor potencial do ser humano, que está na racionalidade teórica e conduz a esse conhecimento, que, em sua doutrina, é um fim em si mesmo.

Necessário, antes, guardar, que Aristóteles também compreendia que tudo na natureza, nasce, cresce, se corrompe e, em se degenerando, morre mas, diferentemente de Platão, acreditava que o homem poderia interferir, agindo, sobre essa mesma natureza (segundo a ideia de substâncias acidentais ou de contingência como acima destacado).

A observação e a experiência o levam a ter bem claro que toda espécie animal possui padrões naturais de comportamento, ligados à sua fisiologia, aos seus instintos. A natureza lhe mostra, inclusive, que há comportamentos onipresentes ao longo da história humana, como o *livre arbítrio*, o *gregarismo*, a *afetividade*, a *moralidade*, a *religiosidade*, a *racionalidade*, a *simbolização*, a *sexualidade*, exemplificativamente.

Compreende, então, que alguns desses comportamentos advêm da condição animal do homem; outros, de sua natureza moral, espiritual e racional; ainda, que alguns advêm de sua natureza cultural (e podem ou não estar de acordo com os demais padrões).

Até mesmo a *justiça*, no ideário aristotélico, se define por uma análise do comportamento do homem no cosmos. Como ela é um valor moral¹⁰⁴, ele não a concebe

¹⁰⁴ Aristóteles distingue, mas não separa, a Moral da boa Política. Assim, na perspectiva da constituição de uma sociedade civil, é assente que algumas coisas a natureza fornece e outras que o legislador deve procurar. Um homem virtuoso, na sua concepção moral, é aquele cuja virtude faz ascender os bens interiores à altura dos bens absolutos (in *Política*, p.141). Assim também deve ser em relação ao homem político, ao fixar o sistema de leis. No seu modo de ver, na constituição de um Estado, há condições que dependem da sorte (o acaso), mas não é daí que se extrai a sua virtude. Uma república somente pode ser virtuosa quando os próprios cidadãos que participam do governo (e, nesse caso, são todos os cidadãos, porque a república implica uma democracia) são cheios de virtudes, virtudes essas que, a seu juízo, provêm da natureza (que, em Aristóteles, é seletiva, de acordo com a finalidade de cada ser), dos

como um imperativo de conduta¹⁰⁵: o homem pode escolher agir ou não segundo esse valor; comportar-se ou não segundo ela manda, na medida em que sua consciência lhe confere o livre arbítrio de agir, ou não, conforme o que ela determina.

Como se vê, nos desenvolvimentos aristotélicos, o mal e a injustiça existem também naturalmente no mundo real e, praticá-los ou não, se insere no âmbito da autonomia da vontade humana, do livre arbítrio do homem. Aliás, Aristóteles é assente que as paixões humanas, inclusive, transformam os homens (até os sábios) em verdadeiros animais, porque os cegam, privando-os de racionalidade e de verdade. Daí que coloca em causa saber se é mais benéfico ao Estado ser governado por um homem sábio e virtuoso, segundo uma postura platônica, ou se, ao revés, é mais benéfico um governo de leis, notadamente porque compreende, ao contrário de Platão, que só a lei constitui uma garantia contra as paixões que afligem o homem (dotado de livre arbítrio e do poder de escolha) e determinam o seu comportamento.

Dando resposta a essa questão, Aristóteles, pelos fundamentos acima, afirma que o melhor e mais vantajoso governo é o governo das leis, uma vez que ela é a própria garantia de um governo liberto ou isento de paixões. E a lei, escrita ou não, pode, assim, ser traduzida como uma mediadora da justiça; só ela garante justiça política na regulação das relações inevitáveis entre os homens.¹⁰⁶

Dito de outro modo, *justiça* é, antes de tudo, uma *virtude*, esta compreendida, em Aristóteles, como uma força que age ou pode agir; um poder, porém, específico. A virtude de um homem é agir humanamente (inclusive segundo suas inclinações pessoais); *a virtude de um ser é o que constitui o seu valor*, sua excelência.

Porém, o homem, devido às suas paixões e inclinações pessoais, dotado que é do poder de escolha, pode optar por agir contra a justiça, mesmo os governantes sábios. Daí que a garantia da justiça não pode prescindir da mediação da lei, em especial, porque, em Aristóteles¹⁰⁷, a vida em sociedade é mais que uma imposição natural, uma

costumes e da razão. O raciocínio é simples: primeiro, é necessário que a natureza faça nascer o homem e que lhe dê algumas qualidades de alma e corpo. Os costumes podem fazer com elas mudem e se transformem, fazendo até desenvolver qualidades naturais, dando-lhe uma tendência para o bem ou para o mal. Segue também a razão de que ele é provido. “*A razão conduz os homens a fazerem inúmeras coisas que contrariam o hábito e a natureza, quando se convencem de que é preferível fazer de modo diferente*” (in *Política*, p.142).

¹⁰⁵ Justamente por ser partidário da contingência e por reconhecer na natureza humana o livre arbítrio.

¹⁰⁶ Aristóteles, in *Política*. São Paulo: Martin Claret, 2004, pp. 32 e s.

¹⁰⁷ Algum tempo depois da morte de Plantão, de quem foi discípulo por cerca de 20 anos, em 343-a.C., Aristóteles foi chamado à Corte, por Felipe da Macedônia, quando foi encarregado da educação de seu filho, historicamente conhecido como *Alexandre, o Grande*; só em 333-a.C. é que o Filósofo retornou a Atenas, onde fundou o Liceu e onde se dedicou ao ensino e à elaboração de todas as suas obras escritas, cuja maioria se perdeu no tempo.

vez que o Estagirita a vê como *da condição humana*, na medida em que também agrega à dimensão social do homem uma *finalidade*: a convivência coletiva tem por escopo que *cada membro do grupo social possa viver melhor*¹⁰⁸. A sociedade civil e, especialmente o Estado, nessa postura de pluralismo social, tem como fim que os homens vivam bem, ao passo que o Governo justo será sempre aquele em que os governantes atuem na persecução da felicidade geral.

Dessa realidade, na visão aristotélica, só um Estado governado por leis, em que todos os conviventes estejam submetidos à mesma lei, dará conta da mediação da justiça na vivência coletiva, como um verdadeiro guardião do Direito e da igualdade.

Nesse ponto, o modelo jurídico-político proposto por Aristóteles é substancialmente diferente daquele que encontramos em Platão. Embora Aristóteles igualmente confira primazia ao todo social, este visualiza na vida coletiva uma necessidade básica corrente e própria, pois, além de uma imposição natural, enxerga na vivência em sociedade um objetivo claro, uma finalidade (e não um lugar que seja a cada um reservado segundo sua superioridade ou inferioridade para uma tarefa que lhe foi destinada): uma vida melhor, o bem-estar de cada homem.

No âmbito jurídico-político, como observa Paulo Otero¹⁰⁹, “*como um precursor da ideia de um Estado de Direito e, neste sentido, do próprio fenômeno constitucional*” - indo mesmo ao ponto de reputá-lo como o pai da ideia material de Constituição¹¹⁰ -, o modelo trazido pelo Estagirita consagrou, ao revés do proposto por Platão, a limitação do poder político dos governantes pelo Direito, ideia que, ao lado da equidade, constitui o cerne do pensamento aristotélico.

Isso se dá exatamente porque, no ideário de Aristóteles, da conexão entre a lei e a justiça, sempre se pode extrair uma legalidade em alguma medida justa, porquanto dela se acham excluídas as paixões e as inclinações pessoais do decisor, lançando, assim, as bases da justiça e de equidade.

Vale destacar que a justiça, em Aristóteles, comunga de duas importantes ideias para a conformação do fundamento último da solidariedade - conforme a compreendemos nesta investigação - e, por conseguinte, do sentido mesmo da dignidade

¹⁰⁸ Essa proposta de maximizar o bem-estar irá, adiante, ser retomada pela Teoria da Justiça baseada no utilitarismo, segundo Jeremy Bentham (in *Tracts on Poor Laws and Pauper Management*, 1797, em John Bowring ed. *The works of Jeremy Bentham*, vol.8 (Nova York, Russel & Russel, 1992, pp.369-439), preconizando a máxima felicidade para o maior número de pessoas em detrimento da primazia pelo respeito à liberdade ou pelo cultivo da virtude.

¹⁰⁹ In *Instituições Políticas e Constitucionais*, p.82.

¹¹⁰ In *Instituições Políticas e Constitucionais*, p.83.

da pessoa humana, quais sejam, *a proporcionalidade e a igualdade*. Injusto é alguém querer ter mais do que lhe é devido ou desproporcional segundo o seu mérito, situações, destarte, próprias das relações entre o Estado e os indivíduos que exprimem uma *igualdade geométrica*, uma *Justiça Distributiva*; mas, injusto também é, nas relações entre os indivíduos, que, se um deles sofrer alguma perda em razão de ação ou de omissão do outro, não haja a proporcional recomposição do *status quo ante*, uma *Justiça Corretiva*, que segue uma *igualdade aritmética*, atuando para equilibrar os pratos com o fiel das balanças dos interesses individuais, proposições que serão adiante aprofundadas.

Importa destacar, ao propósito de abordar o processo de afirmação da solidariedade ao longo da história, que, de Aristóteles, colhemos também a importantíssima ideia de que *existe mais de um modo de a justiça e da própria igualdade se expressar*. Ainda, importa sublinhar que Aristóteles, inclusive, enxerga na *equidade* um critério corretivo da *justiça geral*. Além de ela ter essa função retificadora, ela também permite, como oportuno observa Paulo Otero¹¹¹, “*que a universalidade da lei possa ceder, perante casos concretos que, não previstos pelo legislador no seu enunciar do princípio universal, têm de ser rectificadas em nome da justiça*”, sendo, portanto, critério de correção do defeito da própria lei.

De Aristóteles provêm, portanto, não só aquelas lições importantes que acabamos de desenvolver, mas, também, outras consentâneas de uma compreensão de humanismo, ainda que incompleta e, em determinados aspectos, insuficientes, notadamente no que tange à ausência de consideração do homem individual, concreto, como o cerne do modelo inaugural de Estado material de Direito, de fenômeno constitucional e de Constituição de sua doutrina e de seus desenvolvimentos teóricos.

Tem, contudo, o mérito de reconhecer que, por natureza, todo ser tende a um bem que lhe é próprio e no qual encontrará a sua realização. O *bem humano é a atividade da alma conforme a razão*. O Filósofo de Estagira foi o primeiro a fazer uma distinção (e não separação) entre Ética e Política¹¹², afirmando a primeira como centrada na ação moral e voluntária do indivíduo enquanto tal, ideia que deu as bases de toda filosofia kantiana.

¹¹¹ In *Instituições Políticas e Constitucionais*, p.84.

¹¹² Aristóteles irá situar a Ética no equilíbrio da decisão - o saber ético -, que ele vai identificar em um certo modo de ser e agir, segundo o mais virtuoso e elevado objetivo, orientado pela razão. Disso, o Filósofo tratou em sua obra já referida “Ética a Nicômaco”, tornando a tecer considerações sobre esse desdobramento entre Ética e Política em sua “Política”, distinção que reaparece na *A Constituição de Atenas*.

E agir conforme a razão é agir equilibradamente. O equilíbrio, nessa perspectiva, é definido como o *justo meio* entre dois extremos contrários; à luz desse agir moral, o homem desenvolve a atitude ética, que toma forma mediante a prática das virtudes (por meio do exercício, do hábito e da aprendizagem); a segunda, a Política, Aristóteles a vê como o terreno social de aplicação da Ética, identificando, naquela, as vinculações desse indivíduo com a sociedade.

Em outros termos, a Ética tem por objetivo o domínio da ação humana, no tanto em que é alicerçada por uma decisão, ao passo que a Política é o campo próprio de sua aplicação pelo uso da razão prática (agir bem) para a qual o homem está capacitado pela natureza.

Entretanto, Aristóteles é um tanto descrente no que concerne à natureza humana e à subordinação à lei, acreditando que a maioria das pessoas obedece mais a força e ao castigo do que a palavra e o bom exemplo, preconizando, por essas razões, um sistema impessoal na produção das leis, o que significa dizer que elas deveriam ser debatidas e decididas pelo Estado, identificado com a universalidade dos cidadãos, estes compreendidos como aqueles com o direito a voto nas assembleias e que tinham, efetivamente, direito de participação no exercício do poder público de sua *polis*, uma primeira expressão de democracia.

Inegável, por essa proposição, que o humanismo aristotélico, em que pese ser possível extrair de sua doutrina algum princípio de bem-estar (que acabará, num futuro longínquo, por integrar importante dimensão da dignidade da pessoa humana), também apresenta problemas sob o prisma do humanismo. Além de ele considerar um homem abstrato e assumir que homem por ele compreendido, por ser dotado de comunicação, é um animal político¹¹³ e, por isso, inclinado a integrar uma sociedade política (*pólis*, a cidade); que essa sociedade política, à sua vez, precede à família e ao próprio indivíduo, sendo que a *pólis* constitui uma sociedade perfeita no seu modo de ver e conceber a natureza; além de sustentar que são políticas quase todas as relações humanas, e que a *pólis* é *télos*, ou seja, o fim e a causa final de toda a associação humana, e que isso é liberdade¹¹⁴; e apesar de dar as bases da justiça, na sua versão corretiva e distributiva,

¹¹³ In *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret 2003, p.26.

¹¹⁴ Também aqui essa postura merece contextualização, pois não podemos perder de vista que a própria liberdade, como observa Benjamin Constant, em Discurso proferido no Athénée Real de Paris, se apresentava para os antigos com um distinto significado da sua concepção moderna, eis que a sua organização social levava a desejar uma liberdade muito diferente da que a modernidade perseguiu, como voluntariedade e autodeterminação. Para os antigos, liberdade “...consistia em exercer coletiva, mas diretamente, várias partes de toda a soberania, em deliberar, em praça pública sobre a guerra e a paz,

do Estado material de Direito, do fenômeno constitucional e da Constituição, desprezou um dos elementos essenciais do próprio humanismo, a liberdade individual, negando, com isso, a condição da pessoa humana e sua dignidade, além de excluir do direito ao sufrágio e à participação no exercício do poder político escravos, estrangeiros e aqueles que, em razão da idade, ainda não podiam, ou já não podiam mais, participar ativamente da vida política.

Na Política, essa preeminência da *pólis* e, por conseguinte, a hegemonia dos interesses públicos sobre os interesses particulares, também se distanciam de uma compreensão adequada de humanismo, embora explicada e defendida por Aristóteles que, não obstante, destaca a família como um princípio básico da estruturação das sociedades, preconizando que estas são o que são suas famílias; é dizer, a organicidade de uma cidade verdadeiramente humana tem base na célula familiar, na sua constituição sadia e estável; logo, a rigidez cristalina da unidade familiar, a transparência estável de seus contornos, é condição essencial de uma sociedade, segundo sua doutrina. Sendo este o valor que confere à família, não reconhece ao indivíduo definir, fora de um contexto social, definir o que é o bem para si, o que é felicidade, e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

É que o Filósofo acredita vivamente que a *polis* é a sociedade perfeita, porquanto entende que nela se encontram todos os bens necessários à existência, ao bem-estar, à concretização do “bem comum” e à realização da *felicidade* de cada um. Daí a sua supremacia, a sua precedência e a sua superioridade em relação a estratos sociais menos amplos que a cidade.

Tal como ocorre em todos os estratos sociais, a base dessa sociedade perfeita - a *pólis* -, também consiste, conforme o Estagirita, num tipo de amizade, uma relação que a mantém viva. Cuida-se de uma *amizade cívica* (*amicitia*, um amor de amizade), aos moldes daquela que mantém a família, porém, em um nível diferente, porque se trata de uma amizade cível, uma postura com a qual Aristóteles rechaça que a Política seja constituída de antagonismos (aos moldes do jogo de opostos, cada um dos polos querendo mostrar ser detentora de toda a verdade), ao menos não consentido que tais

em concluir com os estrangeiros tratados de aliança, em votar as leis, em pronunciar os julgamentos, examinar as contas, os atos, a gestão dos magistrados, em fazê-los comparecer diante de todo o povo, acusá-los, condená-los ou absolvê-los; mas, ao mesmo tempo em que os antigos nomeavam isto de liberdade, admitiam como compatíveis com esta liberdade coletiva a subjugação completa do indivíduo à autoridade do conjunto”. Liberdade era justamente concebida nesse espectro social e ‘democrático’, o que se afirma com reservas, porque dessa liberdade estrangeiros, escravos e mulheres não podiam desfrutar.

antagonismos sejam a sua finalidade, admitindo-os, no máximo, como meios necessários para expressar visões distintas sobre o “*bem comum*” e o amor de cada um pela cidade.

Como enfatiza, a este propósito, Wambert Gomes Di Lorenzo¹¹⁵, “*esse bem comum é o objeto da fé cívica, uma fé laica, promotora da unidade e da concórdia política, que crê em um ente real e que não busca um bem absoluto, mas um bem prático*”, fé essa que, conforme o mesmo autor é constitutiva dessa amizade cívica - que se verifica em vários graus de intensidade -, a partir dos fins próprios de cada grupo social, restando para a Política conduzir estes interesses particulares a um fim último comum determinante de que a tarefa propriamente Política seja a *unidade* e a *concórdia* da cidade.

Essa amizade cívica, em cujo bojo o interesse público tem prevalência sobre o interesse privado, pela sua relevância pública, denominada pelos gregos de *homonoia* (concórdia), constitui, segundo a visão aristotélica, um *acordo* (portanto, uma autovinculação) que envolve o empenho de todos na realização do *bem comum*, que implica a superação das diferenças e união em torno do bem de todos que vivem na *pólis*.

Convém lembrar que a doutrina aristotélica remete a uma ética natural cósmica (*justiça* constitui uma qualidade moral do indivíduo e essa qualidade moral equivale à virtude do cidadão); isso está bem delineado em sua doutrina, porque *justiça*, nesse contexto - vista como a um ideal moral da totalidade harmônica, como princípio da ordem e da hierarquia do cosmos -, é, em Aristóteles, uma virtude completa, com caráter meritório, que exercemos na relação com os nossos semelhantes.

Ela consagra, de modo sintetizado, a ideia de *relação* ou *reciprocidade* com os outros, com a cidade e com o universo, sendo o Estado o primeiro objeto que a natureza se propôs. É por isso que, *em Aristóteles, a solidariedade pode justamente ser traduzida pela referida amizade cívica e como algo que veicula uma pretensão de unidade de harmonia*.

A amizade cívica (*amicticia*), que se afirma em Aristóteles como a raiz do conceito de solidariedade, constitui uma virtude anexa da *justiça* (uma forma de sua expressão), virtude essencial, o oxigênio vital para o clima de uma cidade verdadeiramente humana.

¹¹⁵ DI LORENZO, Wambert Gomes, in *Teoria do Estado de Solidariedade*. Porto Alegre: Elsierv Editora, 2010, pp. 20 e s.

Todo o pensamento jurídico clássico foi, sublinhe-se, altamente influenciado pela concepção aristotélica dessa ordem cósmica natural, de uma sociedade política natural, de onde ele retira relações e conclusões objetivas que irão dar suporte à sua visão de *justiça* sobre a qual rapidamente incursionamos alhures.

Aristóteles acredita que “*toda a arte, toda a investigação, bem como toda a ação e toda a escolha, visam a um bem qualquer*”¹¹⁶ e conclui, pelo tanto, que o bem é aquilo a que as coisas tendem. Elas buscam em si mesmas ou servem como meios de consecução de outro bem mais elevado.

Constata, sem embargo, que quase todos os bens que o homem objetiva na vida coletiva são bens instrumentais; ainda, que a imensa maioria desses bens é desejada com o objetivo de alcançar outra finalidade mais completa. Entretanto, sustenta que essa cadeia não poderia perdurar até o infinito, pena de se converter num querer inútil e vazio.

Na percepção aristotélica, por isso, o atendimento das necessidades e a solução dos problemas da vida cotidiana estão mais ligados a esfera da técnica, e que essa esfera é um campo de realização próprio do ser humano que é a racionalidade.

Entrementes, vislumbra também, a existência de um bem que reputa ser buscado em si mesmo: o *sumo bem*, caracterizado como a *felicidade* de todos os cidadãos, que considera a mais elevada finalidade humana.

As coisas existem, segundo o Estagirita, para realizar uma ordem harmoniosa no cosmo. E o homem existe para reconhecer e fruir esta ordem e beleza e para responder adequadamente a essa harmonia, encontrando o significado ou o sentido das coisas. O homem existe dentro dessa mesma ordem para realizar e para alimentar a sua vitalidade, desenvolvendo suas capacidades cognitivas em sentido amplo, compreendendo a razão teórica, a razão prática e a razão técnica.

O conhecimento teórico, científico¹¹⁷, decorre da ordem e da harmonia do Cosmo, acessível ao homem pela racionalidade; o conhecimento prático é aquele que indica o “agir bem” em cada situação. Esse conhecimento prático é, em Aristóteles, um fim em si mesmo, é bom em si mesmo, é constitutivo do “viver bem”. É nessa esfera da razão prática que a natureza humana se relaciona com as paixões da própria natureza humana

¹¹⁶ In *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martim Claret, 2003, p.17.

¹¹⁷ O Conhecimento Científico ou Razão Teórica, acredita Aristóteles, representa um caminho por meio do qual a alma se liberta e se purifica dos impulsos insaciáveis que o levam à inquietação, à ansiedade, à frustração e à infelicidade, como também libertam os homens daqueles impulsos que buscam os prazeres da sensibilidade e o exercício de poder sobre os outros, em que pese sua compreensão em torno de homens superiores e inferiores de comungar com a escravidão.

e também com os interesses e as demandas de outros homens da comunidade. A razão prática, assim, capacita o homem para controlar as paixões e discernir, em cada situação da vida, a ação boa, ética, que é um fim em si mesma para o homem.

Conclui, dessa premissa, que só essa finalidade humana mais elevada poder ser o objeto da Política, na medida em que esta, por intermédio das regras jurídicas que governam a *pólis*, seria apta a instrumentalizar as demais ciências e artes humanas rumo à concretização daquele fim mais elevado (o *sumo bem*).

Sua doutrina ética, então, muito especialmente por força de sua *Teoria da Justiça*, tem o escopo de orientar a ação humana para a consecução do *bem comum*¹¹⁸, o que demonstra ainda a influência de Sócrates sobre o seu pensamento.

Mas, também, e ao mesmo tempo, evidencia uma postura própria aristotélica, o ponto de partida de sua filosofia e a pré-história de uma compreensão concreta de solidariedade: a sociabilidade como o verdadeiro estado de natureza do homem, porque *somente em sociedade o homem pode se realizar plenamente*; só nela o homem consegue desenvolver suas potencialidades e sua personalidade (sua condição de pessoa, embora essa noção não apareça na doutrina aristotélica, tampouco na Antiguidade).

Logo, a sociedade política não é convencional, mas própria da natureza humana. O homem é, na concepção aristotélica, um animal cívico mais social do que as abelhas ou quaisquer outros animais que vivem juntos. O todo (a sociedade) vem antes das partes e estas, separadas do todo, perdem a sua função; são como mãos e pés que, apartados do corpo, apenas conservam o nome e a aparência, porque dele desarticulados, deixam de ter qualquer utilidade, perdendo-se de suas funções. Os homens precisam uns dos outros.

Se toda história tem um começo, podemos afirmar, em face dos desenvolvimentos supra, que a própria ideia de solidariedade, ainda que imprecisa e incompleta, como de *justiça social*, emergente, não obstante, da questão social, tem, na matriz aristotélica, a

¹¹⁸ A respeito dessa postura como Justiça, Tércio Sampaio Ferraz Júnior (in *Introdução ao Estudo do Direito: Técnicas, Decisão, Dominação*. 4ª ed., rev. e ampla., São Paulo: Atlas, 2003, pp.32-33) lembra que na Mitologia grega, a deusa da Justiça era *Diké*, divindade filha de Zeus com Thêmis. *Diké*, ao contrário do que se verifica na Mitologia romana, não usava vendas nos olhos para julgar. Os gregos a simbolizavam com uma balança, com dois pratos, na mão esquerda e sem o *fiel* (cuja função é dividir as coisas exatamente ao meio) e, em sua mão direita, ostentava uma espada. Os olhos abertos tinham uma finalidade: *Diké* deveria cuidar se os pratos da balança estavam equilibrados. O *justo* era aí compreendido como *Direito*. *Diké* tinha os olhos abertos para verificar se as leis (nomos) da *pólis* (do legislador) estavam sendo aplicadas em conformidade com o que determina o *isons* (igualdade). Ou seja, se as leis, segundo o Direito legislado (igualdade perante a lei), estavam sendo aplicadas de uma maneira igualitária a todos os integrantes da *pólis*. A simbologia da espada representava a força na execução do mesmo Direito.

sua raiz, pensamento que foi adiante retomado por São Tomás de Aquino, cuja filosofia, em um trabalho reinterpretaivo, deu ensejo, séculos após, à linha de pensamento designada como “*Doutrina Social da Igreja*”, difundida por meio das *encíclicas papais*, veiculando as noções de *Justiça Social* e de *Justiça Distributiva*, com o objetivo de promoção da existência de todos, segundo os ditames da dignidade da pessoa humana, conforme a *Ética Social Cristã* e segundo a sua leitura.

Em linha de desenvolvimento, é possível afirmar, como observa Luis Fernando Barzotto¹¹⁹, que Aristóteles foi, também, o primeiro filósofo a tratar, sistematicamente, da *Justiça Política* como categoria *ético-jurídica*, o que equivale a dizer que ele foi o primeiro a perscrutar a possibilidade de mais de um modo de ser e de se expressar da *Justiça* (já que o *ser* se realiza de vários modos).

Com Aristóteles, a semente lançada por Sócrates é, em boa media, enraizada e dá frutos. No intuito de deixar um legado substancial ao seu rebento, Aristóteles escreveu sua “*Ética a Nicômaco*”, obra que levou o nome do filho e que constitui a pedra angular de toda a sua filosofia em cujo âmbito desenvolveu sua *Teoria da Justiça*, esta inteiramente baseada na *Ética*, embora essa *Ética* fosse voltada unicamente àqueles que estavam no topo da pirâmide social, porque a Grécia constituía, vale repetir, uma sociedade marcada pela estratificação social e somente estes - os cidadãos, como acima abordamos¹²⁰ - poderiam desfrutar da *felicidade*, característica do *bem comum*, o que não retira, todavia, da doutrina aristotélica, a relevância para o tema desenvolvido nesta investigação.

Na obra em referência, o Estagirita tratou de distinguir as concepções de *felicidade* que compreendia como parciais daquela que reputou a verdadeira e completa, repelindo entendimentos restritivos que a identificavam com riqueza material, glórias e prazeres. Essa verdadeira e completa *felicidade* é, em Aristóteles, o *bem comum* - o “*sumo bem*” ou a “*suma finalidade social*”, ou seja, o bem de toda comunidade, e não apenas de um

¹¹⁹ In *Justiça Social: Gênese, Estrutura e Aplicação de um Conceito, Direito e Justiça*. Porto Alegre: Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. V. 25, n° 28, 2003, p.19.

¹²⁰ Aqueles legitimados a decidir sobre a vida política no exercício da Democracia direta. Porém, como já se teve, à altura, a oportunidade de observar, tal Democracia não era tão democrática assim, ao menos não na compreensão formal que hoje temos dela, ou seja, como direito de participação de todos, em igualdade, mediante sufrágio (a cada indivíduo um voto), nas decisões políticas de uma sociedade. Isso porque as mulheres dela não participavam, ou seja, subservientes dos cidadãos, não fruía das prerrogativas da cidadania; tampouco poderiam fazê-lo os estrangeiros capturados nas guerras, os escravos e os filhos que não tinham voz e vez. Os filhos, aliás, dentro da estrutura familiar grega, eram considerados meros objetos sobre os quais os cidadãos exerciam amplos poderes, exceto quanto à disposição de suas vidas.

ou outro cidadão isolado -, caracterizando-se pela *felicidade* de todos os ‘cidadãos’ (os que se inseriam na ideia mesma de sociedade). O *sumo bem* significava algo mais perfeito e abrangia todas as demais concepções de *felicidade* (prosperidade, prestígio social, respeito, para ficar em poucos exemplos).

O *bem comum*, ademais, deveria ser entendido como a promoção de uma situação em que todos os cidadãos gozassem de um estado de bem-estar, de autossuficiência, sendo que a *felicidade*, vista como sua caracterização, não seria nada mais do que a atribuição a cada um dos cidadãos de bens (materiais e imateriais), a fim de que pudesse existir física e moralmente, sem sofrer quaisquer restrições.

Em sua visão, a *felicidade* somente poderia ser alcançada quando todos os cidadãos reunissem as condições necessárias para levar sua própria vida, independentes e sem condicionamentos, sem carências.

O Filósofo é consciente de que na vida são inevitáveis angústias, tristezas, dissabores e aborrecimentos, mas os tem como aspectos subjetivos ou *acidentais*. A *felicidade* que preconiza como o *sumo bem* e como finalidade de todo o social é objetiva, em que pesem as casualidades na conservação da boa vida. Isso porque o *bem comum* pelo Estagirita imaginado tem como sujeitos a *pólis* e todos os seus cidadãos, e ele exige para sua consecução, certa espécie de conduta humana, isto é, uma forma de agir específica do homem, delineando, nesse entendimento, o papel social de cada um em prol do todo social.

E como o *bem comum* é, em sua doutrina, identificado como a finalidade última de toda a ação social (ele só pode ser realizado por meio de uma conduta humana ótima), Aristóteles afirma que tal ação social deve ser levada a efeito segundo os ditames éticos do bom agir.

Disso decorre bem claro, aos fins de nossa investigação, que, já no pensamento aristotélico, é possível identificar que devemos algo uns aos outros, inclusive obrigações que transcendem o nosso próprio consentimento ou qualquer convenção ou ajuste, em razão de nossa condição naturalmente social, tema ao qual retornaremos em nossos desenvolvimentos ulteriores em matéria de solidariedade, em especial, no contexto de uma heterovinculação, seja no plano interno, seja no âmbito internacional, e independente previsão pelo Direito Positivo.

Por ora, importante é fixar que, na lógica de Aristóteles, a *felicidade* do homem resulta do exercício de virtudes, e, considerando que o *sumo bem* é a suprema finalidade de toda existência social, a sua *busca deve ser permanente*; sua observância habitual se

impõe a todos os cidadãos, na medida em que desse agir depende o bem de toda a sociedade política, construindo-se, a partir daí, as próprias felicidades individuais.

As virtudes, por corolário lógico, assumem extraordinária relevância Política, evidenciando inequívoca imbricação entre as esferas *jurídica* e *moral*, notadamente porque o Filósofo preconizava que a determinação das ações virtuosas *deveria estar prevista em lei*, ou seja, nas normas jurídicas que regem a *pólis*, e que instituem deveres jurídicos que, nessa linha de raciocínio, seriam, ao mesmo tempo, deveres de obediência habitual às virtudes.

Dito de outra forma, para além de seu conteúdo positivo, *as normas jurídicas deveriam servir para conduzir a sociedade à realização de seu bem*, é dizer, à promoção da existência feliz de todos os seus integrantes.

No entanto, admitia aí certa flexibilidade, como antes brevemente referido, preconizando uma correção da imperfeição da lei por meio da equidade, em que se pode identificar a genealogia da igualdade material, a igualdade por meio da lei, que impõe um dever de tratamento desigual aos desiguais, pois “*admite que o dever de obediência às leis e às virtudes, como obrigação individual vinculada à supremacia do interesse social, está ligado a certa condição que favorece a viabilidade dessa observância*”.¹²¹

Em outros termos, não seria exigível de um cidadão o cumprimento de tais obrigações, se ele mesmo não estivesse um mínimo de bens exteriores para dar conta dessa obediência - não se pode querer que alguém dê ao outro aquilo que não tem de forma suficiente sequer para si (surgindo neste aspecto, agora no plano concreto, a ideia de proporção e de limite) -, pois entende inconcebível desse indivíduo uma ação voltada para o interesse dos demais, se o dele não estiver minimamente satisfeito pela comunidade organizada.

Desse modo, ao lado do dever individual para com toda a comunidade, Aristóteles reconhece de alguma maneira, a existência de um *direito subjetivo* oriundo da relação entre a comunidade e o indivíduo, consubstanciada na *legitimidade deste exigir daquela certo mínimo de bens materiais, como pressuposto de exercício de sua própria cidadania*, em que pese o aspecto restrito da condição de cidadão naquele momento histórico.

A *Teoria da Justiça*, em Aristóteles, por qualquer ângulo que seja perspectivada, se apresenta, pelo tanto, com duas concepções centrais, como observou Michael J.

¹²¹ CASTILHO, Ricardo, in *Justiça Social e Distributiva*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.14.

Sandel¹²², quais sejam, como uma *justiça teleológica*¹²³ (ligada a uma finalidade) e como uma *justiça honorífica* (ligada ao mérito). Consoante o magistério do Filósofo contemporâneo de Harvard, “as Teorias modernas da Justiça tentam separar as questões de equidade e de direitos das discussões de honra, virtude e mérito moral. Elas buscam princípios de justiça que sejam neutros, para que as pessoas possam buscar seus objetivos por conta própria”¹²⁴. Mas, adverte, desde logo, que Aristóteles não compreende a *Justiça* fora de uma teleologia, como também não acha que a *justiça* possa ser *neutra* tampouco virar as costas às desigualdades nas posições jurídicas do indivíduo perante o Estado; ao contrário, o Estagirita acredita e postula que as discussões sobre *justiça* sejam, inevitavelmente, debates sobre honra, virtude e a natureza de uma vida boa.

Quando Aristóteles afirma a concretização do *bem comum* – que, para ele, encontra sua máxima realização no Estado – por meio do exercício habitual das virtudes, o Filósofo identifica a *justiça* como uma delas, perfilhada, sem embargo, pela coragem, pela temperança e outras tantas.

Mas a *justiça* é a virtude que, em específico, leva o cidadão a buscar o que é justo, além de evitar o que é injusto; é a virtude determinante da conduta humana na direção do que é justo, na contramão do que é injusto. E, como qualquer outra virtude, a *justiça* também deve se conter nas leis da *pólis*, na legislação política, seja como parte da lei, seja ela por inteiro.

Isso não significa que ele conceba a *justiça* como algo inteiramente convencional, como, de fato, não é. Em absoluto. Ele defende expressamente que a *Justiça Política* contenha uma parcela ou dimensão natural, ao lado daquela oriunda do arbítrio ou da convenção do legislador, promovendo, neste aspecto, uma aproximação daquilo que Platão tinha julgado externo ao Direito e que, para nós, constitui elemento essencial do Direito.

A palavra *justo* (*dakaión*), observou Aristóteles, se apresentava à sua civilização com dois significados, ora identificando-se com aquilo que era legal (*nomimón*), ou

¹²² In *Justiça: o que é fazer a coisa certa?* 4ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p.233.

¹²³ SANDEL, Michael J. (in *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, pp.235-236) lembra que o raciocínio teleológico, mesmo que possa parecer estranho, é uma forma plausível de pensar a justiça: discriminar de acordo com o mérito, ou seja, para determinar a distribuição de um bem temos que procurar a sua finalidade e o seu propósito. Aos melhores atletas, as melhores quadras de tênis. “No mundo antigo, o raciocínio teleológico era mais comum do que nos dias atuais. Platão e Aristóteles acreditavam que o fogo aumentava porque estava tentando alcançar o céu, seu lar natural, e que as pedras caíam porque queriam ficar mais perto da terra, onde era o seu lugar”.

¹²⁴In *Justiça: o que é fazer a coisa certa?* 4ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p.234.

seja, de acordo com as *leis*, ora com o sentido de igualdade (*ison*), indicando, por conseguinte, duas formas para se interpretar a *Justiça* ou, dito em outros termos, duas formas distintas de se mensurar o justo do injusto, ora medindo-a pela *lei*, ora pela *igualdade* (no contexto do que antes referimos como modos diferentes de ser ou modos diferentes dela se expressar).

Ao primeiro desses sentidos, a doutrina aristotélica consagrou como *Justiça Geral* (pela lei¹²⁵); ao segundo, como *Justiça Particular*. Esta última, ainda, Aristóteles, em sua teoria, a subdividiu em *Justiça Distributiva e Justiça Corretiva*. Com isso não se quer dizer que o Estagirita imaginou duas espécies distintas de *Justiça*.

Não obstante a ambiguidade que constituiu o ponto de partida dessa construção teórica, ele jamais pensou numa dicotomia; ao contrário, dentro de sua tradicional postura de compreender a existência de modos diferentes pelos quais o *Ser* se expressa e se realiza, apenas pretendeu explicitar *formas diferentes* de se perceber o mesmo fenômeno, pois, *Justiça Política* (a de cada sociedade), tanto no preconizado aspecto natural, como no aspecto convencional, em Aristóteles, é una, em que pese perceptível por mais de uma faceta, apresentando-se em diferentes níveis, ora como uma *Justiça* por natureza e que, por natureza, é *imutável*, embora possa ser melhorada, desenvolvida, pelo *hábito*, ou seja, pela prática da *virtude*, e outra por convenção, ou seja, pelas leis do legislador da *pólis*.

Em sua tendência de identificar *Justiça Política* com um ideal moral (o indivíduo moral e, por conseguinte, na vida social, o *cidadão virtuoso*), para o Filósofo, o Direito teria origem naquela. Logo, o Direito seria decorrente da ideia de *Justiça* ou a própria concepção de *Justiça*. Nessa postura, Moral e Direito mantêm, bem de ver, entre si, autonomia, mas essa autonomia é de conteúdo, jamais no que respeita às suas raízes, pois, em Aristóteles, Moral e Direito têm a mesma essência.¹²⁶

Daí por que essa autonomia é somente relativa e decorrente apenas de seus respectivos objetos próprios, sendo Moral e Direito intimamente ligados um ao outro. Em Aristóteles, também a Teoria do Direito se desenvolve sobre uma natureza cósmica, que busca o seu fundamento numa observação da ordem que a inclui no “corpo social natural”.¹²⁷

¹²⁵ Cuida-se, no dizer de Fábio Konder Comparato (in *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5ª ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva 2007, pp.14 e seguintes, o que Aristóteles concebeu como *leis comuns*, reconhecidas pelo consenso universal, em oposição às leis particulares, próprias de cada povo.

¹²⁶ Lembrando que, em Aristóteles, as essências integram a substância e constituem as características do próprio ser. Em nossa leitura, essa essência é a Justiça imprescindível à configuração de ambos.

¹²⁷ FARIAS, José Fernando de Castro, in op. cit., p.49.

E como ele vê na *Justiça* a mais completa das virtudes¹²⁸, ela precede ao Direito compreendido como o conjunto das leis. Em Aristóteles, tanto a virtude como o vício são hábitos; aquela, um hábito que nos leva ao bem (pessoal e, portanto, as virtudes humanas que conduzem o indivíduo a ser um homem de bem e também as virtudes comuns, como as virtudes cívicas, por exemplo, que fazem com que o indivíduo seja um bom cidadão); esta (o vício), um hábito que nos leva ao mal. Em síntese, o hábito da virtude nos aproxima do bem, ao passo que o vício dele nos afasta. *Justiça* é um hábito perene de dar a cada um aquilo que lhe é devido.

Veja-se que Aristóteles denunciava uma diferença entre o ato justo e uma pessoa justa, o que será adiante retomado, por ocasião de sustentarmos nossa postura transdogmática em torno do Direito como precedente ao Estado e da ideia de solidariedade como uma forma de expressão da justiça que, à sua vez, constitui um dos elementos essenciais do próprio Direito: Aristóteles, como os gregos em geral, considerava que o ato era justo sempre que se dava a alguém aquilo que lhe era devido.

O Filósofo, contudo, observou que isso nada revelava sobre a virtude de uma pessoa; nem sempre o *ato injusto* é praticado por uma *pessoa injusta*. Um erro (ato injusto) pode ser cometido de boa-fé, isto é, pode também ser praticado por uma pessoa virtuosamente justa (que possui o hábito de realizar o que é bom); por outro lado, um ato justo (voltado para o bem), pode ser praticado por uma pessoa injusta, desonesta, tortuosa, que se pauta pelo vício. Aliás, mesmo uma pessoa desprovida de virtude pode praticar atos justos a vida inteira, por vários motivos, mas, principalmente, por medo da sanção. Seus atos serão justos, porque ela irá cumprir a lei. Será, nessa linha de raciocínio, o ato justo sendo praticado por pessoa injusta, isto é, alguém que não guarda em si, a virtude da *justiça*.

Ser um homem justo é, ao mesmo tempo, ser piedoso, corajoso, prudente e apresentar atributos como a temperança, a honestidade, a modéstia, enfim, como hábitos, praticando atos justos, como obedecer às leis políticas. Sendo a lei política uma *lei moral* - porque as virtudes devem estar contidas nas prescrições ou *leis da pólis*

¹²⁸ “*Justiça é a virtude completa no mais próprio e pleno sentido do termo, porque é o exercício atual da virtude completa. Ela é completa porque a pessoa que a possui pode exercer sua virtude não só em relação a si mesma, como também em relação ao próximo, uma vez que muitos homens exercem sua virtude nos assuntos privados...O exercício do poder revela o homem*” (Aristóteles, in *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2003, p.105). O Filósofo considera que a *Justiça* é o bem do outro, pois, de fato, ela se relaciona com o próximo, fazendo o que é vantajoso a um outro, quer seja governante, quer seja a um outro membro da sociedade. O pior homem é aquele que exerce sua deficiência moral, seja em relação a si, seja em relação aos seus amigos. E o melhor, em contrapartida, não é aquele que exerce suas virtudes em relação a si mesmo, mas em relação a um outro, “*pois esta é a tarefa difícil*” (op.cit., p.106).

(convencionadas), a *justiça* é a soma de todas as virtudes e de todas as leis; cuida-se de uma *virtude universal* que comanda todas as outras leis.

A *justiça* é, sob este prisma, uma virtude moral inerente à pessoa, compreendida como uma qualidade subjetiva do comportamento humano, no sentido de que ela se refere à ação do indivíduo face à lei geral e à particular¹²⁹, na medida em que o valor qualitativo das ações está umbilicalmente ligado à qualidade moral do sujeito. Desse modo, o bom cidadão é virtuoso não apenas pelo fato de cumprir o que a lei determina, mas, também, porque possui *uma disposição interior permanente de cumprir seus deveres legais* no seio da *pólis*¹³⁰. A Justiça lhe é imanente, uma excelente abertura na construção da ideia de uma ordem de valores superiores, do conceito de pessoa humana e sua dignidade imanente, de seus elementos essenciais, da compreensão do Direito e, finalmente, na construção de uma teoria que possa, numa perspectiva verdadeiramente humana, dizer do fundamento último da solidariedade.

Seguindo, contudo, nossa análise, quando o Filósofo afirma que a *Justiça* é uma virtude completa, ele não tem mente o sentido *absoluto*¹³¹ do termo, como investigado exaustivamente por Platão sem jamais conceituá-lo. Isso porque Aristóteles enxerga essa virtude *como um exercício na relação com o outro*¹³², dada a sociabilidade do ser humano.

Bem por isso, ele a define por uma *virtude perfeita*¹³³, que nos relaciona com os nossos semelhantes. Assim, a virtude é vista em sua totalidade. As virtudes de um

¹²⁹ FARIAS, José Fernando de Castro, in op.cit., p.45.

¹³⁰ “*Justiça é aquela disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e a desejar o que é justo; e de modo análogo, a injustiça é a disposição que leva a agir e a desejar o que é injusto...*”(Aristóteles, in *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martim Claret, 2003, p.103).

¹³¹ Nem mesmo o “bem” ele o enxerga assim. O “bem” tem tantas acepções quantas o termo “ser”. Por isso concebe por evidente que o bem “...*não pode ser algo único e universalmente presente em todos os casos, pois, se fosse assim, ele não poderia ter sido predicado em todas as categorias, mas apenas em uma*” (op.cit., p.23). Aristóteles deixa claro que refuta a teoria platônica e uma ideia única, bem como sua própria visão de dualidade de mundo, pois o Estagirita acredita que existem coisas boas em si mesmas (no sentido do que existe no mundo sensível, material, citando, exemplificativamente, a visão, a inteligência, certos prazeres e as honras). A seu modo de ver, se não admitirmos a existência de nada de bom em si mesmo, além da “ideia do bem”, essa própria ideia seria algo inútil (op.cit., p.24).

¹³² “*Aquilo que é justiça praticada em relação ao próximo, como uma determinada disposição de caráter em si mesmo, é virtude*” (Aristóteles, in *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martim Claret, 2003, p.106).

¹³³ “*Assim, essa forma de justiça é uma virtude completa, embora não de modo absoluto, mas em relação ao próximo...Com efeito, a justiça é a virtude mais completa. Ela é completa porque a pessoa que a possui pode exercer sua virtude não só em relação a si mesmo, como também em relação ao próximo, uma vez que muitos homens exercem sua virtude nos assuntos privados, em suas relações com as outras pessoas*” (op.cit., p.105). Por isso é que Aristóteles considera verdadeiras as palavras de Bias, um dos Sete Sábios da Grécia, segundo o qual o exercício do poder revela o homem, pois, necessariamente, aquele que governa está em relação com os outros homens e ao mesmo tempo é membro de uma sociedade. Por isso mesmo, o Estagirita considera que somente a justiça, entre todas as virtudes, é o “bem de um outro”, pois, de fato, ele se relaciona com o próximo, fazendo o que é vantajoso a um outro, que se

homem justo são exercidas em proveito de um corpo social ou da cidade, e isso confere à *Justiça* um caráter social, político e pedagógico.

Lembremos que, na natureza aristotélica, o homem existe, mas não é um ser isolado, que baste a si mesmo, como pensou Protágoras; também não era um gênero com disposição natural para a vida social. Em Aristóteles, o homem está sempre dentro da ordem das coisas, ao *lado* de outros seres vivos, enquanto uma parte integrante dessa mesma natureza, nesse ambiente harmônico e hierárquico que é o cosmos.¹³⁴

Além disso, na teorização aristotélica, o homem, por constituir-se naturalmente um ser social, é igualmente um ser político, feito para viver justamente em sociedade, na *pólis*, na comunidade, e não existe fora desse espaço coletivo: não há homem exceto na sociedade¹³⁵. Fora dela, o homem bem poderia ser equiparado aos membros superiores e inferiores que, destacados do corpo, como acima já referimos, perdem sua função e sua razão de ser.

O Estagirita preconizava que o indivíduo isolado é *insuficiente* para o desenvolvimento das potencialidades humanas e de suas finalidades (viver melhor e ser feliz). A possibilidade de sua realização está condicionada a uma estrutura ontológica (“*Ser*”) mais elevada, na qual se insere também a *pólis*, a causa final da associação humana, uma forma especial de *amizade* (entre os seus semelhantes o homem se reconhece e entre os amigos tende a ser mais afetuoso), cuja base é constituída pela *concórdia*, postura com que começa a se desenhar, no plano concreto, em sua teoria, a solidariedade.

E é justamente por meio da virtude da *Justiça* (que se expressa sob duas formas distintas, como acima destacamos) que o cidadão alcança a sua finalidade¹³⁶ que é a de

trate de um governante ou de um membro da comunidade. O pior homem é aquele que exerce a sua deficiência moral tanto em relação a si quanto em relação aos seus amigos, do que conclui que justiça não é uma parte da virtude, mas a virtude inteira. Elas são a mesma coisa, embora não tenham a mesma essência: “*Aquilo que é justiça praticada em relação ao próximo, como uma determinada disposição de caráter e em si mesmo, é virtude*” (op.cit., p.106).

¹³⁴ Aristóteles situa a virtude (sendo a justiça a maior delas), antes mesmo da honra (pois esta depende mais de quem concede do que de quem a recebe, já que exige o reconhecimento do outro) e não a honra, como a finalidade da vida política (in *Ética a Nicômaco*, p.21).

¹³⁵ Na *Política* (São Paulo: Martin Claret, 2004, p.15), Aristóteles vai dizer: “*O Estado está na ordem da natureza e antecede o indivíduo; pois, se cada indivíduo por si a si mesmo não é suficiente, o mesmo modo acontecerá com as partes em relação ao todo. Ora, o que não consegue viver em sociedade, ou que não necessita de nada porque basta a si mesmo, não participa do Estado; é um burro ou uma divindade. A natureza faz assim com todos os homens que se associem. Ao que primeiro estabeleceu essa fórmula se deve o bem maior; pois, se o homem, chegado à sua perfeição, é o mais excelente dos animais, também é o pior quando isolado, sem leis e sem preconceitos*”.

¹³⁶ Essa finalidade ele equipara a tudo o que objetivamos naquilo que fazemos e ela será o bem atingível pela ação ou ações, se várias forem as finalidades a que visamos, isto é, se houver mais de um fim (in *Política*, p.25). Essa finalidade - de viver bem e ser feliz- não significa, porém, que todo o Estado seja

viver bem e em *felicidade*¹³⁷. Viver conforme as qualidades humanas das virtudes é a finalidade¹³⁸ histórica da condição humana¹³⁹. Isso é o justo.

Efetivamente, como já tivemos a oportunidade de dizer, em todas as coisas Aristóteles concebe uma *Justiça* por natureza e uma *Justiça* por convenção. Ou seja, algumas coisas, no seu pensamento, são como são por natureza e não são capazes de ser de outro modo, pena de descaracterização. Outras o são em razão de convenções humanas que devem consagrar as virtudes e promover o fim último de toda sociedade humana que é a *felicidade*. Aquelas, as que são justas por natureza, têm primazia sobre estas.

Em sua obra *Retórica*¹⁴⁰, Aristóteles deixa bem claro o seu entendimento em torno da existência de uma *lei comum*¹⁴¹, consagradora do que é justo por natureza - ideia que

feliz; nem Aristóteles crê seja possível ao legislador fazer todo o Estado feliz (in *Política*, p.48). Sob influência das ciências exatas, ele irá dizer que não sucede com a felicidade o mesmo que ocorre com os Algarismos que constituem um número par: uma soma pode resultar um número par e nenhuma de suas partes precisa sê-lo.

¹³⁷ Tanto o quanto Aristóteles considera ser o mais alto de todos os bens que podem ser alcançados pela ação. A felicidade é para o Filósofo o bem supremo: o bem viver e o bem agir equivalem a ser feliz (in *Ética a Nicômaco*, p.19). “O homem feliz vive bem e age bem” (in *Ética a Nicômaco*, p.29), pelo que o autor define felicidade como uma espécie de boa vida e boa ação; ela é a melhor, a mais nobre e a mais aprazível coisa do mundo e esses atributos não devem estar separados como a inscrição, segundo Aristóteles, existente em Delfos: “Das coisas, a mais nobre é a mais justa, e a melhor é a saúde; porém, a mais doce é ter o que amamos”. Todos esses atributos estão presentes nas mais excelentes atividades, e entre elas - a melhor - nós a identificamos como a felicidade (in *Ética a Nicômaco*, pp.30-31), que deve ser adquirida pela aprendizagem, pelo hábito ou por alguma outra espécie de exercício, reconhecendo, contudo, que, às vezes, ela nos é dada por alguma providência divina ou ainda o acaso. Observe-se, aqui, que Aristóteles, ao contrário de Platão, que vislumbra na realidade sensível um determinismo porque tudo já estava, de algum modo, no mundo das ideias, introduz a contingência, aquilo que não é um dado, mas um construído. É nesse espaço que Aristóteles desenvolve a sua Ética e a sua concepção de *Justiça*, trazendo ao debate a questão da responsabilidade que nos interessa sobretudo na temática da solidariedade.

¹³⁸ O Filósofo reconhece haver uma pluralidade de fins, ao mesmo tempo em que não ignora que escolhemos alguns deles em função de alguma outra coisa, razão que o leva a acreditar que nem todos os fins são absolutos. Contudo, ele mesmo admite a existência de um bem supremo, porém, não situado no mundo das ideias, como imaginou Platão; o fim absoluto de todos é aquilo que estamos buscando. Absoluto e incondicional é aquilo que é sempre desejável em si mesmo e nunca no interesse de outras coisas que, para Aristóteles, é a felicidade e que, acima de qualquer outra coisa, considera o sumo bem, na medida em que ela é buscada por si mesma e nunca no interesse de outras coisas, já que ninguém a escolhe tendo em vista alguma outra virtude, nem qualquer coisa para além dela própria. Essa finalidade - a felicidade - ele a considera um bem absoluto e autossuficiente (carente de nada), porém, não tem em conta uma autossuficiência para um homem isolado ou para alguém que leva uma vida solitária; ele a pensa dentro de um contexto envolvendo o homem, seus pais, seus filhos, sua esposa e, em geral, seus amigos e seus concidadãos, na medida em que o homem é um animal político. Há que notar, contudo, que, ao referir-se às virtudes humanas, Aristóteles não tem em mente as do corpo, mas as da alma. Daí por que enfatiza a necessidade de o político estudar também a alma que, para o Filósofo, “é constituída de uma parte racional e outra privada de razão” (op.cit., p.37). E se ambas tomam parte na mesma alma, o elemento irracional toma parte, em certo sentido, da razão (op.cit., p.38).

¹³⁹ FARIAS, José Fernando de Castro, in op.cit., pp.48-49.

¹⁴⁰ Aristóteles. *Retórica*. Tradução e notas de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2011, pp. 40 e s.

¹⁴¹ Segundo o magistério de Celso Lafer (In *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. 1ª impr. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p.35), “lei comum é aquela conforme a natureza, pois existe algo que todos,

caracterizou, numa primeira compreensão, o paradigma do Direito Natural - em detrimento de uma lei particular ou convencional.

A *lei comum* seria algo com eficácia *erga omnes*, que o Estagirita identificou em *Antígona*, na tragédia de Sófocles¹⁴², quando aquela afirmou que era justo, ainda que fosse proibido, enterrar seu irmão Polinices, porque enterrá-lo era justo por natureza, nisso se contendo a ideia de um Direito transcendente a qualquer lei particular que pudesse determinar uma comunidade política, evocando, para tanto, a existência de *valores imutáveis e leis não escritas* (dos Céus), que não nasceram ontem ou hoje; que ninguém sabe de onde vieram e que não morrem e nem morrerão, ideia que, destarte, permeou toda a reflexão metajurídica por séculos, consistente na dicotomia entre o Direito Natural e o Direito Positivo.

Existem várias vertentes em torno desse paradigma do Direito Natural pensado por Aristóteles em termos de *lei comum*. Mas seja qual for, cuida-se de um paradigma de pensamento que destaca, em apertada síntese, a ideia de *imutabilidade*, presumindo princípios que, como assinala Celso Lafer¹⁴³, por alguma razão ou outra, escapam à história e, por conseguinte, podem ser ditos “atemporais”; a ideia de *universalidade* desses mesmos princípios; a compreensão de que a eles, dadas as suas características, os homens somente têm acesso por meio da razão, da intuição ou da revelação e, portanto, eles são dados e não convencioneados ou constituídos; e, por fim, a noção de que a *função primordial* do Direito não é comandar (ou seja, ele não é apenas uma técnica), mas, sim, a de qualificar uma conduta como boa ou má; daí a vinculação ou o entrelaçamento contínuo entre o Direito e a Moral.

Aristóteles, perfilhando o paradigma do Direito Natural, ao qual conferia preeminência em detrimento do Direito Positivo (daí o dualismo entre o respeito à *Justiça* e o respeito à *Lei* enfrentado por Antígona, que preferiu à morte a ter de se submeter às leis da *pólis*), pois, pelos seus princípios e valores, era comum a todos e se achavam ligados à própria origem da humanidade (por isso representando um ponto de referência para qualquer avaliação jurídica), encontra-se, o Filósofo, na posição de

de certo modo, adivinhamos sobre o que por natureza é justo ou injusto em comum, ainda que não haja nenhuma comunidade ou acordo”.

¹⁴² In *Antígona-Sófocles*. Traduzido por Donaldo Schüller. Porto Alegre: L&PM Pocket, vol. 173, 1999. A ideia vem bem sintetizada na passagem em que Creonte interpela Antígona, por que esta ousara transgredir as suas leis, e esta responde: “Não foi, com certeza, Zeus que as proclamou, nem a Justiça com trono entre os deuses dos mortos as estabeleceu para os homens. Nem eu suponho que tuas ordens tivessem o poder de superar as leis não-escritas, perenes, dos deuses, visto que és mortal. Pois elas não são de ontem nem de hoje, mas são sempre vivas, nem se sane quando surgiram. Por isso, não pretendo, por temor às decisões de algum homem, expor-me à sentença divina” (op.cit., pp.35-36).

¹⁴³ In *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. 1ª impr. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p.36.

quem não desconhece que a vida social não pode negar a presença de outros fatores (como os sociais, os políticos e econômicos) que influenciam a vivência coletiva e a realidade jurídica.

Por isso, na vivência coletiva, ou seja, na vida política, irá sustentar uma *Justiça Geral* e uma *Justiça Particular*, esta, como antes dito, subdividida em *Distributiva* e *Corretiva*. Vejamos, então, como se desenvolvem, na perspectiva aristotélica, essas diferentes formas de se expressar de uma mesma *Justiça*.

A *Justiça Geral*, Aristóteles a associa à legalidade, ou seja, conduz àquilo que corresponde às prescrições legais, às normas que regem a sociedade politicamente organizada e que consagram mandamentos de condutas, sendo, por si, justas¹⁴⁴, pois constituem as leis da *pólis*, pressupondo que elas sejam meios de consecução do *bem comum*, ou seja, que elas vão ao encontro do interesse da comunidade e que intentam formalmente consagrar a supremacia do interesse público ou coletivo sobre os interesses particulares (o objetivo primordial de vida boa, o resguardo da coesão social e a manutenção da ordem pública).

O dever (obrigação), conforme instituído pelas leis, compreendidas por si só como justas, determina aos particulares, em comprometimento de *Justiça*, a prática de condutas que atribuam à comunidade o que lhe é devido (o que cada particular *deve* à comunidade enquanto tal).

Assim, a *Justiça-Geral* pode ser compreendida como uma relação do indivíduo para com a comunidade, ou, no ambiente grego, para com os seus concidadãos, traduzindo-se como *um débito do particular para com a cidade que deve ser resgatado pela contínua observação e prática das condutas legais e virtuosas* (germinava aí a ideia de *justiça social*).

Lembremos, uma vez mais, que, em Aristóteles, o exercício habitual das virtudes constitui a forma natural de realizar o *bem comum* e que a legislação deve prescrever, tanto quanto possível, as ações e omissões condizentes com as virtudes específicas (coragem, liberalidade, honestidade, temperança, enfim), fins de *compelir* os indivíduos a agirem virtuosamente.

¹⁴⁴ Todos os atos consoantes à lei são, em certo sentido, para Aristóteles, justos, porque “os atos prescritos pela arte do legislador são conforme a lei e dizemos que cada um deles é justo” (in *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martim Claret, 2003, p.104). Isso se explica porque o Estagirita pressupõe que, nas disposições sobre todos os assuntos, a lei vise a uma vantagem comum, seja a de todos, seja o melhor àqueles que detêm o poder como aos seus semelhantes, o que leva o Filósofo a considerá-la, a partida, justa, pois intenta, teoricamente, a preservar a *felicidade*, pelo *bem comum*, e todos os elementos que compõem a sociedade política.

É por essa razão precisa que Aristóteles descreve a *Justiça Geral* como uma virtude completa, porquanto ela abarca todas as virtudes, pois seja especificamente pensada, seja ao lado das demais, as virtudes são objeto de tutela das leis políticas (normas jurídicas) que, a seu turno, ditam comportamentos comissivos ou omissivos com elas conforme, dado que a *Justiça Geral* se identifica com qualquer mandamento legal.

Um ato de caridade, por exemplo, previsto em lei, integra, simultaneamente, a virtude da liberalidade e a virtude da *Justiça Geral* que, à sua vez, engloba, inclusive, a *Justiça Particular*, porquanto a generalidade abarca, inclusive, atos que, sob o seu domínio, podem ser compreendidos como justos.

Enquanto a *Justiça Particular*, segundo o Filósofo, traduz-se naqueles atos condizentes com a igualdade (absoluta ou proporcional), a *Justiça Geral*, inerente às leis políticas, disciplina exclusivamente as relações do indivíduo para com a coletividade, eis que decorrentes de uma relação de débito do particular com a sociedade política.

Neste aspecto, Ricardo Castilho¹⁴⁵ faz duas importantes restrições no trato da *Justiça Geral* na tradição aristotélica, restrições que entendemos oportuno trazer à consideração antes de prosseguirmos em nosso resgate histórico: primeiro, que *Justiça Geral* não é o mesmo que *virtude total*, pois esta envolve todas as virtudes particulares, tanto nas relações intersubjetivas como nas relações intrasubjetivas (do indivíduo com ele próprio), o que foge do alcance da *Justiça Geral*; e, segundo, uma modalidade de *Justiça* que se identifica com as normas jurídicas (ou leis políticas) traz em si um determinado conceito e apelo à coercibilidade que lhe é, na concepção positivista, característica; já a virtude total (ou integral), pode ser obedecida pelo indivíduo seja com ou sem coerção estatal, porque a obediência à moralidade, no mais das vezes, afigura-se um dever *autoimposto*, o que compreendemos como uma autovinculação do indivíduo que, na prática, mostra-se até mais determinante dos comportamentos humanos do que a própria coerção (ou imperatividade) das leis convencionais, questão à qual voltaremos por ocasião de analisar a solidariedade como uma possível norma *jus cogens*, inclusive no âmbito da Comunidade Internacional.

A *Justiça Particular* compreende, à sua vez, apenas a uma parte da virtude, mas se equipara quanto à sua abrangência, às demais virtudes específicas e se mostra correto afirmar que ela se insere no âmbito da *Justiça Geral*, já que o Filósofo sustenta que as ações ou omissões particularmente justas são ou devem estar previstas, como normas

¹⁴⁵ Op.cit., p.19.

jurídicas, nas *leis da pólis*. Mas a essas virtudes parciais Aristóteles não confere o mesmo nível de excelência.

Relativamente à *Justiça Particular* e do que é justo no sentido que lhe corresponde, “*uma das espécies é aquela que se manifesta nas distribuições das magistraturas, de dinheiro e das coisas que são devidas entre aqueles que têm parte na constituição (pois em tais coisas alguém pode receber um quinhão igual ou desigual a de outra pessoa); a outra espécie é aquela que desempenha uma função corretiva nas transações entre os indivíduos*”.¹⁴⁶

De plano, mostra-se possível observar que aqui estamos diante de relações distintas, a primeira representando uma relação da *polis* para com os indivíduos, e a segunda, uma relação dos indivíduos entre si, no âmbito interpessoal. De modo conciso, no primeiro caso, estamos diante do que Aristóteles pensou como devido pela *pólis* em relação a cada indivíduo; na segunda, do que devemos uns aos outros em nossas relações individuais.

Primeiro, importante é ter uma vez mais em mente que o Filósofo fez distinção entre *Justiça* e *ato justo* como acima enfatizamos, introduzindo, assim, nesse tema, a noção de discernimento, de consciência e de vontade. A natureza pode ser, nesse diapasão, até injusta, assim como o ato pode ser justo e o agente ter praticado uma injustiça por não ter agido segundo sua escolha, conforme a sua vontade.

As pessoas tendem a pensar que as coisas que existem por natureza são imutáveis, porque, em todos os lugares, elas se apresentam com o mesmo vigor ou eficácia. O fogo, utilizado por Aristóteles como exemplo¹⁴⁷, arde aqui como arde em qualquer outro lugar. Ele arde em qualquer tempo e lugar e é invariavelmente um “arder”.

Mas as pessoas também observam alterações nas coisas reconhecidas como justas por natureza. Isso leva Aristóteles a crer que as coisas que são como são por natureza *podem ser modificadas*, em certa medida, pelo hábito, pela ação humana. Já as coisas que são justas por convenção humana, essas não são as mesmas em todos os lugares, até porque nem as Constituições são as mesmas. Mesmo aí, em meio à multiplicidade e à diversidade de lugares, Aristóteles irá dizer que existe uma Constituição que, por natureza, seja *a melhor*, e esta é a que o homem virtuoso deve perseguir em suas escolhas ou em suas deliberações.

¹⁴⁶ In *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martim Claret, 2003, p.108.

¹⁴⁷ In *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martim Claret, 2003, p.17.

Além disso, no pensamento aristotélico acerca da *Justiça*, o termo justo não pode ser considerado fora do seu contrário “injusto”, e “injusto” é o que viola a proporção ou a igualdade. Justo, portanto, é, em Aristóteles, a igualdade, mas igualdade que ele também compreende sob diferentes aspectos na medida em que vislumbra aquilo que denomina “*Justiça Geral*”, onde a igualdade formal (perante a lei) assume primazia e “*corresponde ao critério informador do procedimento de repartição, pelos governantes aos governados, dos ônus e benesses públicos*”¹⁴⁸, e uma “*Justiça Particular*”, onde igualdade resulta de um processo de distribuição ou correção, proporcional ou absoluta, conforme a natureza da relação. Vejamos isso de forma mais detida, para, em momento próprio, cotejar esse pensamento com a solidariedade, quando assim resgatada como pela Doutrina Social da Igreja.

Na percepção aristotélica, concebendo o homem como um ser essencialmente político, que não se basta e só realiza inteiramente a sua humanidade¹⁴⁹ na vivência com os seus semelhantes, a relação das partes com o todo se define por uma *relação de proporção geométrica*, ou seja, uma proporção descontínua: quaisquer que sejam as relações dos membros de uma série numérica, sempre uma unidade de todo número em geral e, assim, as partes sempre se inserem numa compreensão da totalidade da ordem cósmica. O justo, portanto, é sempre uma proporção, um equilíbrio¹⁵⁰; injusto é aquilo que é demais ou o que é muito pouco. É, pois, no meio termo que se produz efetivamente a Justiça.

Já nas relações das partes entre si, isto é, não quando se relacionam com o todo, falando-se, aqui, em transações privadas, Aristóteles vê o justo de outra maneira, não aos moldes da *Justiça Distributiva*, mas numa perspectiva de *correção* como dantes referido.

Ao contrário de proceder a uma distribuição a partir da riqueza comum pela proporcionalidade das relações respectivas dos membros de uma mesma comunidade, a

¹⁴⁸ CASTILHO, Ricardo, in *Justiça Social e Distributiva*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.21.

¹⁴⁹ Observa-se, contudo, que Aristóteles não deixa de reconhecer o individual, nem como natural em todos os homens que experimentem sentimentos como o egoísmo e a avareza, dentre outros defeitos morais. O Filósofo, contudo, preconiza que o que torna os homens diferentes uns dos outros são as suas virtudes, sejam aquelas com as quais foram contemplados por natureza, segundo a sua finalidade, sejam aquelas adquiridas pelo hábito, pela prática de ações virtuosas. Ela irá dizer, então, que o mais agradável dos prazeres é ajudar os amigos, os hóspedes, os colegas, mas o homem não logra êxito nisso sem a posse individual e nisso não vê nenhum egoísmo. Esse prazer se destrói, “*quando se exagera o sistema de igualdade política*”, uma vez que ele anula fatalmente a prática de duas virtudes: a contingência (a ação meritória de respeitar e a liberalidade (in *Política*, p.45). Por isso ele irá dizer que, sob certos aspectos, a unidade na família e no Estado é necessária mas não absoluta.

¹⁵⁰ “*Em todas as amizades entre pessoas dessemelhantes é, como dissemos, o princípio da proporcionalidade que iguala as partes e preserva a amizade*” (in *Ética a Nicômaco*, p.195).

Justiça Corretiva não compreende o igual, conforme uma proporção geométrica e descontinuada, mas, sim, como uma *proporção aritmética*, onde releva atribuir a cada um o que lhe é devido, segundo as transações privadas de parte a parte. Aqui, a igualdade não está relacionada com excesso e falta, mas com ganho e perda. A *Justiça Corretiva* (entre particulares) não se ocupa em verificar as virtudes dos homens, senão em determinar, conforme a lei, quem praticou e quem sofreu uma injustiça; quem produziu e quem foi submetido a um dano.

Se na *Justiça Distributiva* recorre-se a um juiz encarregado de *equalizar a relação do todo com a parte* por um meio termo (a justa medida, por meio da qual, no pensamento aristotélico, se chega ao justo), na *Justiça Corretiva* (ou particular) o justo é a *divisão* em duas partes iguais. O Direito torna-se, neste contexto, um justo meio (instrumento); o juiz é um homem que divide em dois, pois, quando, entre duas coisas iguais, tira-se de uma parte para acrescentar à outra, esta segunda excede a primeira, cabendo ao juiz, como critério de solução do problema ou conflito, restituir a parte que excede àquele que ficou com menos.

Nos desenvolvimentos aristotélicos é que iremos, assim, encontrar as concepções de igualdade *formal* e *material* tão presentes quanto necessárias numa abordagem solidarista, que irá, adiante, fomentar a *Doutrina da Justiça Social*.

A distribuição por ele pensada é perspectivada na relação do todo com a parte. Não se trata aqui da postura de obedecer à lei como *Justiça Geral* (que se diluiu no princípio da legalidade na visão liberal), mas *daquilo que o indivíduo pode exigir do todo para ser autossuficiente e desenvolver-se de forma independente*.

Já no cerne de sua *Justiça Corretiva* (formal), retoma-se o sentido do justo como o que lhe é correspondente. Por meio dela, busca-se uma igualdade intermediária, porém, entre o que se ganhou e o que se perdeu. A *Justiça Corretiva* é o meio termo entre a perda e o ganho. É na busca desse equilíbrio que se move um juiz e é segundo a lei que ele faz a discriminação do justo e do injusto. O Magistrado é um guardião da *Justiça* e, portanto, um guardião da igualdade, característica do pensamento aristotélico que ganha extraordinário relevo com advento da *Justiça Social* e com o ativismo judicial na concretização da dignidade da pessoa humana, no seu trabalho interpretativo e no espaço de criação do Direito que lhe é reconhecido nos dias atuais.

Retomando, contudo, o pensamento aristotélico, na relação do todo com a parte, o justo é a proporção, uma busca de equilíbrio, que permeia toda a sua filosofia e que constitui a ideia central de todos os seus desenvolvimentos. *Nas relações do particular*

com o todo, impera o dever de cumprir as leis políticas (onde devem estar também as prescrições das virtudes); nas relações do todo com as partes, impo-se a atuação da *Justiça Distributiva* (material), que radica na percepção de que, entre duas iniquidades (dois extremos e, portanto, fora de um equilíbrio), existe um ponto intermediário, um termo médio. Esse ponto Aristóteles reconhece como “equidade”¹⁵¹; em cada espécie de ação não só existe o *mais* e o *menos* (o excesso e a falta), mas, também, o *igual*, e o justo está nesse *meio termo*, no que é *equitativo*, no que disponha essas grandezas de modo harmônico e idêntico.

Igualdade aí se reveste de um sentido próprio e distinto, e implica, pelo menos, dois elementos: ele deve ser ao mesmo tempo, intermediário, igual e relativo (justo para certas pessoas, por exemplo¹⁵², considerando diversas grandezas).

Mas como se chega a esse meio-termo?

Conforme o Filósofo, esse meio-termo é determinado pelos ditames da razão reta¹⁵³, porquanto acredita vivamente que existem determinados *standards* e estes estão determinados de acordo com o que compreende como o sentido da própria expressão “razão reta”.

Ele defende que em todas as disposições de caráter, assim como em todos os demais assuntos (inclusive naqueles de ordem política), existe uma meta a se atingir, meta essa em que o homem, orientado pela razão, fixa o seu olhar, ora intensificando ora relaxando, no sentido de adotar o meio termo.

Por aí é possível concluir que o conhecimento aristotélico, ou seja, o modo de se chegar à verdade, efetivamente, não é o mesmo vislumbrado por Platão, que somente o compreendia como existente *Mundo das Ideias* (ao que só por aproximação se poderia alcançar), até porque Aristóteles desfaz a dualidade entre um formal e um mundo dos sentidos: o corpo já não aprisiona a alma, mas é orientado por ela. Ele tende a obedecê-

¹⁵¹ Op.cit., p.108.

¹⁵² De onde Aristóteles vai dizer que justo é tratar desigualmente os desiguais, origem da ideia que subjaz as ações afirmativas ou as discriminações positivas, com a promoção de igualdade por meio da lei e não só perante a lei (representativa da igualdade formal). “*Se as pessoas não são iguais, não receberão coisas iguais*”(op.cit., pp.108-109). Essa virá a ser a base de toda a Teoria da Justiça baseada no culto da virtude. No ideário aristotélico, as distribuições devem ser feitas de acordo com o mérito de cada um, pois nisso reside a ideia mesma do justo (virtude). Justo, em última análise, cifra-se a uma espécie de termo proporcional, proporcionalidade concebida como uma igualdade de razões. Daí afirmar que, em se tratando de justiça distributiva, o justo é o meio-termo, pois o próprio proporcional é o intermediário entre duas grandezas. O justo, seguindo esse raciocínio, é o proporcional, segundo sua aceção geométrica, em que o todo está para o todo assim como cada parte está para cada parte correspondente. Injusto é o que viola essa proporção.

¹⁵³ In *Ética a Nicômaco*, p.128.

la. Alma e corpo andam juntos, fazendo-se uma unidade; na alma reside a razão¹⁵⁴ e esta comanda o corpo.

A razão é a característica que faz do homem ser o que ele é. Mas não é só por meio da razão¹⁵⁵ que o homem se distingue dos demais animais; se em Platão, a razão era a ideia central de sua filosofia e a única fonte do conhecimento verdadeiro, em Aristóteles, *a razão não basta*. É preciso a *virtude* de que antes falamos. Em um homem virtuoso, a humanidade e a virtude coincidem; é a *virtude* de um homem que o faz humano; o que determina o poder específico e o valor do próprio homem é a sua humanidade, logo, a sua virtude.

Ela é, pois, o que somos, o que nos tornamos e o que podemos nos tornar (portanto, ela pode ser adquirida, desejada, buscada e praticada, não só o que vimos a ser por natureza). Ela pressupõe um *ser* e um *agir* com os outros, é dizer, ela constitui, ao mesmo tempo, um fato biológico e cultural: é a maneira de sermos e existirmos humanamente ou a nossa capacidade de agirmos conforme o bem. Assim é que temos a capacidade de interferir no nosso destino.

Vê-se, portanto, que, em Aristóteles, a ordem do conhecimento também segue a ordem do Ser, conforme a herança platônica. Entretanto, o Estagirita não pensa o *Ser* como alicerçado em um *bem supremo e transcendente* que, em Platão, fora imaginado como distante do mundo. Não. Aristóteles pensa o *Ser* como a base de tudo quanto

¹⁵⁴No senso comum filosófico, *a razão* significa pensar e falar ordenadamente, com medida e proporção, com clareza e de modo compreensível para outros; é a capacidade intelectual para pensar e exprimir-se correta e claramente, para pensar e dizer as coisas tais como são. A razão é uma maneira de organizar a realidade pela qual esta se torna compreensível. É, também, a confiança de que podemos ordenar e organizar as coisas porque são organizáveis, ordenáveis, compreensíveis nelas mesmas e por elas mesmas, isto é, as próprias coisas são racionais, conforme ensinamentos de Marilena Chaui (in *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ática, 2009, p.119). Como a Filosofia se realiza como conhecimento racional da realidade, natural e cultural dos seres humanos e das coisas, veremos, ao longo de nossos desenvolvimentos, que ela confia na razão; mas, por vezes, também desconfia dela.

¹⁵⁵A razão, em Aristóteles, é apenas uma parte da Alma que, junto com o corpo, forma o homem. “A alma é composta de duas partes: uma traz em si própria a razão; a outra não a traz em si, porém pode atender a razão. Nessas duas partes é que subsistem, em nosso entender, as virtudes que caracterizam um homem de bem. Em qual dessas duas partes acha-se o objetivo de nossas ações? Não pode existir exatidão quando se segue a ordem que estabelecemos. Sucede sempre que o que é menos bom se realiza com vistas ao que é melhor. Tal princípio é exato na arte e na natureza. Ora, o que é melhor, essa é a parte que possui razão (in *Política*, p.144). E mesmo a parte da razão, no entender o Estagirita, se decompõe, também, em duas partes que ele vai chamar de *razão prática* e *razão especulativa*. Entre os atos, entende igualmente necessário fixar uma distinção semelhante à da alma, pois é forçoso que pertençam à parte que, por natureza, melhor tenham preferência dos homens que podem possuir todas as partes da alma no intuito de alcançar um objetivo mais elevado. Por isso também o homem político que observa todas essas coisas, deve fixar um sistema de leis de acordo com ambas as partes da alma, e seus atos de acordo com o que é melhor ainda, quer dizer, com a sua finalidade. Percebe-se, de plano, que Aristóteles se afasta do determinismo e admite a contingência, o acaso e a escolha.

existe; como realidade concreta. Não há uma dualidade de mundos separados, um deles, o das ideias eternas, e o outro, da experiência empírica, sensível, mutável.

O cosmos e o homem, no pensamento aristotélico, estão inseridos no próprio *Ser* (a realidade) em que tem lugar e valor a própria experiência¹⁵⁶, pois tem como fundamental a realidade que circunda a existência concreta e perceptível¹⁵⁷. O homem não é só um gênero, uma ideia, mas um *Ser* concreto, integrado na natureza, *embora ainda secundarizado em prol do todo*, ao qual Aristóteles confere precedência em detrimento do homem isolado, mas, como todos os seres, tem modos diferentes de se realizar, conforme se determinar.

Assim, a verdade, que em Protágoras era totalmente relativa, de caráter absolutamente objetivo, e que em Platão só pode existir no *Mundo Das Ideias* e inteligível, em Aristóteles ganha outros contornos, pois o Estagirita a distingue em dois tipos: *verdades categóricas* (aquelas referidas às substâncias que, no cosmos, têm regularidade nas suas ações) e *verdades dialéticas* (aquelas referidas ao comportamento

¹⁵⁶ O Ser é partilhado pelos entes, mas eles não o esgotam. Aristóteles partiu, na sua Metafísica, para fundamentar as relações entre o Ser e os entes, mediante a sua doutrina da potência e do ato. Todos os seres do Cosmo, o homem inclusive, partilham limitadamente do Ser, pois são compostos de potência e ato.

¹⁵⁷ A tônica da ontologia aristotélica não é constituída pela hipótese de Ideias subsistentes e independentes do mundo. E considerando que, em Aristóteles, o fundamental é o conhecimento da realidade que nos circunda, será aí, nessa realidade, que ele irá colocar a sua noção de substância primeira, definida como aquilo que é em si e não em outro. As *substâncias externas*, aquelas objeto da nossa experiência sensível, serão as *substâncias primeiras* que, por sua vez, são formadas por *matéria e forma*. A *forma* das realidades substanciais conhecidas pelos sentidos *movimenta a razão humana*, que se encontrava em potência. Ativada pela forma substancial, a razão fica em estado de ato e se torna capaz de agir, elaborando representações das *formas substanciais intuídas na experiência*. E assim, a partir da *intuição*, pela razão, da essência da substância concreta (ou seja, da sua forma), é elaborada uma representação abstrata da mesma, a que Aristóteles irá chamar de *segunda substância*, denominada também de conceito universal, consistente numa *representação abstrata da substância primeira*. Modo sintético, o processo do conhecimento irá se completar por meio da predicação, pela razão, no juízo, em relação a uma substância primeira, da substância segunda, abstrata, que lhe é correspondente. Quando dizemos, por exemplo, “isso é um livro”, estamos predicando a representação abstrata que repousa em nossa razão, de um ente concreto que está diante de nós, um objeto com capa, folhas, escritos, que chamamos de livro. Bem de ver que, em sua doutrina, todos os nossos conhecimentos provêm dos sentidos. Para o Filósofo, existem cinco tipos de conhecimento, todos eles interligados, começando pelos sentidos e subindo até intelectção. Temos, em primeiro lugar, o conhecimento sensorial; em segundo lugar, o conhecimento empírico propriamente dito; em terceiro lugar, vem o conhecimento técnico; em quarto lugar, temos o conhecimento científico, pelas suas causas, das substâncias ocultas atrás dos fenômenos; e, em quinto lugar, o conhecimento das totalidades à luz do Ser. A nossa razão atua como ordenadora dos fenômenos dispersos, mediante a intuição das *essências substanciais das coisas* que aparecem na experiência sensorial, valorizando, portanto, o conhecimento das coisas da natureza pelas suas causas, bem como a classificação dos seres a partir da experiência, sustentando que a Lógica é que provê os instrumentos conceituais necessários para essa ação ordenadora. É dela que retira, por exemplo, os conceitos de gênero e diferença específica. É possível fixar conceitualmente as características essenciais de uma determinada realidade, mediante a explicitação do gênero próximo ao qual ela pertence, adicionando a diferença específica, que é a responsável pela sua identidade, no contexto do gênero. Desse modo, a essência humana consistiria de duas notas: animal (gênero próximo) e racional (diferença específica). Foi utilizando esse mecanismo que Aristóteles realizou amplo trabalho de classificação dos seres vivos, dando início à *taxonomia*.

humano não totalmente previsível, porquanto pautado pela liberdade de escolha)¹⁵⁸, ideia que irá inspirar Immanuel Kant na Modernidade.

Para dizer o que é essa justa regra e qual é o padrão que a determina, o Estagirita divide as virtudes da alma, dizendo que algumas delas são virtudes de *caráter* e as outras virtudes do *intelecto*, isso a propósito de também afirmar que *a alma possui duas partes*, uma delas a que concebe como *regra* ou *princípio racional*, e a outra parte como aquela *privada de razão*. Procede, ainda, desde essa premissa, a uma divisão no interior da primeira parte da alma, aquela dotada de razão, resultando em *duas partes racionais*.

Por um desses compartimentos da parte racional da alma, no entender do Filósofo, podemos contemplar coisas cujas causas determinantes são *invariáveis* (imutáveis e universais); e, na outra, aquelas que são passíveis de variação. Daí a afirmar que, “*quando dois objetos são diferentes em espécie, as partes da alma que correspondem a cada um deles também diferem em espécie, uma vez que é por certa semelhança e afinidade com os seus objetos que elas se reconhecem. Uma dessas partes pode ser chamada de científica, a outra, calculativa*”.¹⁵⁹

Em outros termos, a alma possui duas partes, uma racional e outra irracional. A parte racional igualmente se subdivide em duas partes: uma delas será a parte científica; a outra, a parte calculativa. Aristóteles insiste nessa divisão, pois essas partes da porção racional da alma não são a mesma coisa, uma vez que *ninguém delibera sobre coisas que não variam*. Nisso reside a ideia de que algumas coisas no interior da alma são insuscetíveis de deliberação e, portanto, são insuscetíveis de variação.

Nessa ordem de ideias, Aristóteles, em síntese, reputa *calculativa* uma parte da faculdade da alma que concebe *um princípio racional*. Esse princípio racional *é inerente ao homem* e Aristóteles parte à procura de saber qual seria o melhor estado em cada uma dessas partes, pois é nela que reside a virtude de cada uma, o que irá se refletir em todos os seus demais desenvolvimentos filosóficos, inclusive no que respeita ao conhecimento, aos modos para se chegar à verdade e à própria *Justiça Política*, onde algumas coisas podem ser calculadas e, por conseguinte, mudadas; outras, não comportam deliberação, pois são invariáveis.

¹⁵⁸ Nesse contexto, uma coisa será verdadeira quando, no juízo, afirmamos de uma substância primeira, o conceito universal (ou substância segunda) que lhe corresponde. Assim, por exemplo, quando dizemos “este animal é um cachorro”, a nossa assertiva será verdadeira se, efetivamente, a essência do bicho que estamos vendo é a de cachorro. Consequentemente, incorremos em falsidade quando afirmarmos de uma substância primeira a substância segunda (ou o conceito universal) que não lhe corresponde (como quando dizemos de um cachorro que é gato).

¹⁵⁹ In *Ética a Nicômaco*, pp.128-129.

Sim, pois, não podemos perder de vista que Aristóteles se ocupou da busca da verdade e do justo, mas não só da verdade e do que é justo incondicionalmente, porquanto ele também, e precipuamente, se esmerou em encontrar o que é *Justiça Política* no contexto por ele preconizado do homem como um animal político, por natureza e por necessidade, em razão de que, isoladamente, é insuficiente para atingir as suas potencialidades e finalidades, ou seja, como algo voltado para uma unidade natural de homens livres, que vivem em comum, visando à autossuficiência e à felicidade só realizável no todo.

Naturalmente, *Justiça Política*, na sua visão de mundo, se realiza no Estado¹⁶⁰ que, na concepção aristotélica, antecede o indivíduo, segundo a ordem da natureza. Da mesma maneira que todo o animal vivo constitui-se de alma e corpo, que a natureza, na sua percepção, destinou um a mandar, outro a obedecer¹⁶¹, cabendo a alma governar o corpo assim como o amo ao servo, pois o *entendimento* dirige o *instinto*; cumpre, portanto, ao soberano dirigir seus súditos a ponto de afirmar que a obediência do corpo ao espírito equivale à obediência do efetiva à inteligência e à razão, o que Aristóteles compreende como útil e de acordo com a natureza.¹⁶²

Tanto aquele que nasce, segundo a natureza, para mandar, como aquele que nasce para obedecer, deve possuir virtudes, atendendo-se, contudo, às diferenças que a própria natureza neles colocou o que, de pronto, nos leva à alma que, segundo o Filósofo, possui duas artes, uma, a que manda, e outra, a que atende, qualidades bem diferentes, que se revelam nos seres de modo distinto, pois assim a natureza destinou.

O mesmo ocorre, segundo Aristóteles, em relação às virtudes morais, atinentes a todos os seres; todos devem dela participar, porém, não de uma maneira comum; antes na medida do necessário para que cada qual possa desincumbir-se de sua tarefa,

¹⁶⁰ O Estado é formado pela união de famílias (in *Política*. São Paulo: Martins Claret, 2004, p.15).

¹⁶¹ In *Política* (op.cit., p.18).

¹⁶² Não obstante sua concepção de “todo” e de justiça distributiva, na ótica do Filósofo, na espécie humana, existem seres tão inferiores (por exemplo, o escravo) a outros quanto o corpo é em relação à alma, ou a besta ao homem. A igualdade ou o direito de governar cada qual por sua vez é prejudicial tanto à alma quando ao corpo. “*Existem homens que são servos em qualquer parte, enquanto outros não são escravos em parte alguma*” (In *Política*, p.20). Igual princípio ele reconhece como aplicável à nobreza, referindo-se àqueles que são nobres não apenas em seu meio, mas em toda a parte e assim o são por natureza. Existem escravos e homens livres pela própria ação da natureza, assim como existem homens nobres e virtuosos por meio dela também. Mas é preciso, note-se, que aquele que comanda o faça, também, segundo o seu Direito Natural, isto é, com autoridade plena, uma vez que o vício de obedecer e o de mandar é igualmente nocivo a ambos, pois o útil em parte é o útil ao todo: o que é útil ao corpo é útil à alma, porque o ser faz parte do senhor como um membro vivo participa do corpo.

segundo a razão (finalidade). A virtude moral, assim, é necessária o quanto convenha ao mister de cada um.¹⁶³

Considerando a virtude como uma boa disposição da alma ou para a prática de ações boas e considerando que a virtude da parte deve estar em relação com o todo, ela encontra seu ponto culminante no Estado, enquanto sociedade política¹⁶⁴, pois nele, homens livres, mulheres e crianças constituem um verdadeiro *viveiro*.

Para Aristóteles, a *Justiça Política* é em parte natural e em parte legal. “*A parte natural é aquela que tem a mesma força em todos os lugares e não existe por pensarem os homens deste ou daquele modo. A legal é o que de início pode ser determinado indiferentemente, mas deixa de sê-lo depois que foi estabelecido...*”¹⁶⁵, deixando, o Filósofo, claro que, em seu modo de compreender, nas coisas, em algumas delas, embora não em todas, existe algo por natureza e são, nesse aspecto imutáveis; logo, em toda parte elas têm a mesma força.¹⁶⁶

Aristóteles, firme na crença de que podemos interferir nas coisas do mundo em que vivemos vai reconhecer, também, tanto na natureza como nas convenções humanas, a *mutabilidade*, aduzindo ser perfeitamente possível distinguir em cada espécie de coisas aquelas que são capazes de ser de outro modo; aquelas que são como são por natureza, e aquelas que não são por natureza, mas, sim, por lei e convenção¹⁶⁷. Porém, será taxativo ao sustentar que *as coisas que não são justas por natureza*, mas por decisão humana, *não são as mesmas em todos os lugares*, uma vez que as próprias Constituições não são as mesmas. Evidencia-se aí a sua convicção pela existência de valores insuscetíveis de variação em razão do tempo e do espaço.

¹⁶³ A virtude da faca é cortar bem, esteja ela na mão de um açougueiro ou de um assassino, porquanto sua finalidade é exclusivamente a de cortar.

¹⁶⁴ Que, para Aristóteles, é uma comunidade. “*Pelo menos, o solo deve ser comum a todos, a unidade de lugar constituindo a unidade da cidade, e a cidade pertencendo em comum a todos os cidadãos*” (in *Política*, p.37). O Estagirita considera a amizade o maior de todos os bens que um Estado possa ostentar e o melhor modo de impedir as discórdias (in *Política*, p.42). Nele se confunde a existência de todos, mas sem anular as partes porque no Estado aristotélico existe amizade recíproca, sendo ela um complemento necessário da comunidade; uma espécie de substância dissolvida na água, e, nesse aspecto, o Filósofo vai criticar a República, segundo Plantão, onde a amizade não é a tônica e onde não há espaço para falar em propriedade e afabilidade. “*Entre amigos, tudo é comum*” (in *Política*, p.44).

¹⁶⁵ Op.cit., p.117.

¹⁶⁶ “*Algumas pessoas pensam que toda justiça é dessa espécie, porque as coisas que existem por natureza são imutáveis*”. Ao mesmo tempo, essas pessoas, segundo o Filósofo, observam alterações nas coisas reconhecidas como justas. “*Isso, porém, não é verdadeiro de modo absoluto mas apenas em certo sentido; para os deuses talvez não seja verdadeiro de modo algum, mas para nós existe algo que é justo mesmo por natureza, embora seja mutável. De qualquer modo, existe uma justiça por natureza e uma por convenção*” (op.cit., pp.117-118).

¹⁶⁷ E exemplifica: “*por natureza, a mão direita é a mais forte, porém, é possível que qualquer pessoa possa se tornar ambidestro*” (op.cit., p.118).

De outra banda, vai sustentar que, não obstante, existirá sempre uma dessas coisas justas que, por natureza, será a melhor em todos os lugares, pois, no seu entendimento, cada uma das regras da *Justiça* se relaciona com as coisas justas e legítimas, como o universal se relaciona com os seus casos particulares, haja vista que as coisas praticadas são muitas, ao passo que cada regra é universal.

É que existe uma diferença entre o ato de injustiça e o que é injusto, como entre o ato de justiça e o que é justo. “*Uma coisa é injusta por natureza ou por lei; e essa mesma coisa, depois que alguém a faz, é um ato de injustiça; mas antes de ser praticada é apenas uma injustiça. E o mesmo se aplica em relação ao ato de justiça*”.¹⁶⁸

O que quer o Filósofo significar com isso?

A resposta não pode prescindir da compreensão de ser Aristóteles aquele que introduziu o caráter anímico da ação injusta: *o elemento volitivo*, o querer, a autonomia da vontade, a livre escolha. É isso que determina se um ato é justo ou injusto, a par da injustiça em si; só quando determinada ação for voluntária é que ela poderá ser censurada e, pela mesma razão, se tornará um ato de injustiça.¹⁶⁹

Por aí ele introduz no debate a questão do caso fortuito, da força maior, da coação, dentre outros fatores possíveis externos à vontade e a questão do próprio *discernimento* (consciência daquilo que se está a fazer) e da responsabilidade que o Filósofo não compreende na perspectiva de mundo platônica e determinista, pois o homem age também, e sobremodo, segundo suas escolhas, embora nem tudo seja produto de um ato voluntário.

Nessa linha de pensamento, Aristóteles acaba por suplantar de vez com a ideia platônica de um mundo dual, um eterno e ideal, e outro dos sentidos, onde tudo é aparente, ultrapassando o determinismo platônico para proclamar a contingência e a responsabilidade.

Com efeito, até Aristóteles, toda a Filosofia trabalhou com o jogo de opostos, ou seja, pares de opostos como elementos a partir dos quais se constroem as coisas. Platão chegou ao ponto de afirmar a *Dialética* como o próprio método da Filosofia, conforme

¹⁶⁸ Op.cit., p.118.

¹⁶⁹ Na legislação penal brasileira, essa perspectiva se revela no artigo 26 do Estatuto Repressivo onde preceitua: “*É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento*”. O dispositivo se adéqua à ideia de que a injustiça só se converte em ato injusto em face da capacidade psíquica de compreender a ilicitude, consagrando a imputabilidade como pressuposto da culpabilidade, já não a situando no conceito formal de crime.

acima sublinhamos; quem a tivesse apreendido e soubesse realizar o jogo de opostos seria capaz, no imaginário platônico, de explicar a Grande Síntese.

Aristóteles, para seus próprios alunos, também apontou, inicialmente, o jogo de opostos como o núcleo metódico sobre o qual se estruturavam as diversas opiniões até então. Entretanto, ele mesmo abandonou o jogo de opostos e tomou, a partir de então, um caminho diverso, enveredando para a *Analítica*, por ele elaborada, a partir de sua visão diferente de mundo (não separando o homem da natureza) por meio de um método que influenciaria de modo decisivo o pensamento ocidental, método que se alicerça, basicamente, em duas coisas: *a análise da proposição* e *o sistema silogístico de argumentação* já que a ordem do *Ser* segue a mesma ordem da *Lógica*, como antes tivemos a oportunidade de destacar.

Desse modo, Aristóteles, à base de ideias como conter, não conter e estar contido, extraídas de um quadrado lógico (que consagra as *leis da inferência*¹⁷⁰), desenvolve uma Ontologia, uma Ética e uma Política que se fundamentam numa perspectiva de mundo extremamente estática, ao contrário da *Dialética* platônica que se dá numa perspectiva de movimento¹⁷¹, ponto de retorno necessário no cotejo de uma dimensão individual e, ao mesmo tempo, plural da condição humana e dignidade inalienável.

¹⁷⁰ São as chamadas regras lógicas que permitem, no quadrado lógico, o trânsito lógico de uma proposição de uma ponta para outra (todos, todos não, alguns sim, alguns não), trazendo a ideia de diversos tipos de oposição não apenas de contrários, mas, também, de contraditórios. Para cada tipo de proposição há regras diferentes de inferência, perguntando se uma exclui ou inclui a outra. Por isso, o silogismo é a sua grande descoberta. Ele consiste na concatenação lógica de duas proposições que se articulam entre si mesmas, fazendo, daí, surgir uma terceira (uma espécie de denominador comum, se ambas as premissas forem verdadeiras, gerando uma conclusão verdadeira), funcionando como um método de inclusão ou exclusão ulterior, decorrente da estrutura das proposições, permitindo, assim, que se calcule quais as formas silogísticas que são acertadamente válidas e quais não são e é o quanto constitui a espinha dorsal de toda a Lógica. Conforme a verdade das premissas, surgirá a verdade da conclusão.

¹⁷¹ Segundo observa Carlos Roberto Cirne-Lima (in op.cit., pp.53-54), tudo o que pensamos e somos vem exatamente dessas duas vertentes: a Dialética (de Heráclito e Platão) e a Analítica (de Pamênides e Aristóteles). Ambas as correntes perpassaram a História da Filosofia e toda a nossa cultura, acompanhando-nos até os dias atuais. Lembra o autor que o projeto platônico passou de mão em mão, por pensadores como Plotino, Proclo e, em Parte, por Santo Agostinho, na Antiguidade; por Johannes Scotus Eriúgena, pela Escola de Chartres e outros neoplatônicos da Idade Média; por Nicolaus Cusanis, Ficino, Giordano Bruno na Renascença; por Espinosa, Schelling, Hegel e Karl Marx, na Modernidade. Lamarck, Charles Darwin e quase todos os biólogos contemporâneos, como Richard Dawkins e Stephen Jau Gould, os físicos de hoje com sua teoria do *Big Ben*, com os buracos negros, como Stephen Hawking, todos pensadores neoplatônicos, o que implica dizer, com uma visão de mundo marcada pelo determinismo, em que o projeto platônico da Grande Síntese, por meio da Dialética, deita suas raízes. Já a Analítica aristotélica deixou suas marcas na Idade Média, passando por Alberto Magno, Tomás de Aquino, Duns Scotus e Guilherme de Ockham; na Modernidade, ela passa por Descartes, Leibnitz, Kant, Frege, Wittgenstein e pela Filosofia Analítica de nossos dias. Lembra ainda o autor, que, sob a guia do método analítico, prosperaram a Lógica, a Matemática e a Física, e que, na tradição analítica aristotélica, estão todos os lógicos de hoje, bem como grande parte dos físicos. Galileu, Copérnico, Newton e Einstein, cujos pensamentos se afeiçoam à analítica.

Aristóteles se opunha radicalmente ao jogo de oposto dos antigos. A seu modo de ver, afirmar a verdade da tese e negá-la, na antítese, era um equívoco absurdo e simplesmente não funcionava, porque, quem afirma uma coisa e, ao mesmo tempo, a nega, sob idêntica perspectiva, incide em um disparate, um erro, razão pela qual não admitia que a *Dialética* como um procedimento correto para se chegar à verdade e compreendia que nada de racional poderia dela resultar. De duas proposições falsas resulta uma conclusão falsa; além disso, se uma das proposições for verdadeira, no pensamento dialético, a outra será invariavelmente falsa.

Dessa compreensão das coisas, Aristóteles constrói a fórmula do *Princípio da Não-Contradição*, segundo o qual é impossível predicar e não predicar o mesmo sujeito sob o mesmo aspecto ao mesmo tempo.

Em outros termos, quem diz e, ao mesmo tempo, sob o mesmo aspecto, se desdiz, de efeito, não está dizendo nada, mas incorrendo em um absurdo lógico, em uma inelutável contradição. *Ser e não-Ser* sob o mesmo aspecto é impossível e não conduz a nenhuma verdade sobre as coisas. Logo, em Aristóteles, a *Dialética* não pode ser considerada um meio de chegar até ela.

Considerando que a virtude de algo se relaciona com o seu funcionamento apropriado (conforme aquela que é a sua finalidade) segundo Aristóteles, são três os elementos da alma que controlam a ação e a verdade, permitindo que a ela se chegue. São eles *a sensação, a razão e o desejo*.

Discorrer sobre esse tema, ao nosso modo de ver, assumirá relevo por ocasião de examinarmos, oportunamente, o que é o Direito e quais são as suas fontes e conteúdo inarredável, e, na sequência, verificarmos, em última instância, se a dignidade do homem e sua concretização comportam também algum elemento que possa dar sustentação a um dever intrínseco de cada homem para com o outro, decorrente da mesma dignidade humana e de seu conteúdo essencial, do qual o Direito participa imediatamente, ou seja, que obrigue cada ser humano, nas suas relações intersubjetivas, ainda que não convencionais, como obrigue a outros estratos de convivência social, incluso a família, as entidades intermediárias, o Estado e a Comunidade Internacional, e se esse elemento é a solidariedade.

Importa, então, examinar sucintamente o que podemos compreender como *razão*, e em que sentido iremos considerá-la, ao examinar o pensamento aristotélico, justo em função dos vários fundamentos com que o termo foi empregado ao longo da história.

De efeito, empregamos a palavra *razão* em nosso dia-a-dia em múltiplos sentidos, ora para dizer que nos sentimos seguros de alguma coisa ou que sabemos com certeza de algo (“*O professor tem razão*”); ora como sinônimo de juízo, lucidez ou falta dela (“*O policial perdeu a razão*”), ora para expressar o motivo (“*O magistrado deu suas razões para decidir a causa*” ou “*Qual é a razão desse comportamento?*”).

Também na Filosofia a palavra *razão* irá albergar, a guisa dos exemplos vistos, todos esses diferentes sentidos, significando certeza, lucidez, motivo e causa, senão vejamos.

Quando utilizada como sinônimo de certeza, a Filosofia vai dizer que *razão* é a *verdade racional*; identificando-a como lucidez, irá chamá-la de *luz natural*; irá compreendê-la como *motivo*, por entender que sempre agimos e falamos impelidos por algo que nos conduz, que nos arrasta o raciocínio; então, a Filosofia afirmará que somos seres racionais e que nossa vontade é racional. E, por identificar *razão* como *causa* e por julgar que a realidade opera de acordo com relações causais, a Filosofia afirmará que a realidade é racional.¹⁷²

Razão, sintetizando esses sentidos, é o nome que damos à *consciência intelectual e moral*, originada de nossa atividade consciente, seja como atividade intelectual, seja como atividade moral. *A consciência é a razão*. A *razão*, enquanto *consciência moral* é a vontade racional livre que não se deixa dominar pelos impulsos passionais, mas realiza as ações morais como *atos de virtude e de dever* ditados pela inteligência ou pelo intelecto.

Por ser considerado um “processo”, o conhecimento científico é visto como se realizando no tempo e como dotado de continuidade, de tal modo que a *razão* é concebida como temporal também, isto é, como capaz de aumentar seus conteúdos e suas capacidades através dos tempos (o que justifica, por exemplo, aprimoramentos constantes na concepção de *dignidade humana*).

Esse é o sentido de *razão* que iremos encontrar, não sem dificuldade, no pensamento aristotélico, que vai considerá-la como a *consciência moral* (que será, no Estoicismo, performar um novo sentido para o homem individual e, no Cristianismo, um marco distintivo da ideia de *pessoa*) que observa as paixões, orienta a vontade e oferece finalidades éticas para a ação, distinguindo duas grandes modalidades da

¹⁷² Bem ilustra essa diversidade de sentidos a célebre frase de Pascal, Filósofo Francês do século XVII: “*O coração tem razões que a própria razão desconhece*”.

atividade racional, realizadas pela razão subjetiva ou pelo sujeito do conhecimento: *a intuição* (ou razão intuitiva) e *o raciocínio* (ou razão discursiva).

Pois bem. O Estagirita compreende que a afirmação e a negação do raciocínio correspondem à busca e à repulsa na esfera do desejo, tendo em conta que a virtude moral é, em seu entendimento, *uma disposição de caráter relacionada com a escolha* e a escolha é um desejo deliberado (só se escolhe onde houver opção); para que a escolha seja acertada, deve ser verdadeiro o raciocínio e reto o desejo, e este último deve buscar exatamente o que a razão determina. Já a sensação não configura qualquer princípio de uma ação refletida.

Necessário ainda é esclarecer que, em Aristóteles, esse tipo de pensamento é de verdade e de *natureza prática*. Contudo, o *intelecto contemplativo* não é nem prático nem produtivo (ele só observa), e o bom e o mau estado são respectivamente a verdade e a falsidade (pois nele não subsiste escolha, só *análise*). Essa é, segundo o Filósofo, exatamente a função de toda a parte racional do homem, pois a parte prática e a parte intelectual só poderão determinar o bom estado da coisa pela concordância entre a verdade com o reto desejo (a razão orientando a boa escolha).

Compreende, então, que a origem (causa eficiente) da *ação* (que possui uma causa final, a sua finalidade) é a *escolha*; e a origem da escolha é o desejo e o raciocínio dirigido para algum fim. A escolha não pode existir sem a razão e nem sem o intelecto, tampouco sem uma disposição moral, na medida em que as boas e as más ações não podem existir sem uma combinação de intelecto e de caráter. Bem por isso é que Aristóteles irá dizer que a escolha é um raciocínio deliberativo¹⁷³ ou desejo raciocinativo e a origem de uma ação desse tipo é um homem.

A função de ambas as partes intelectuais da alma é a verdade. Com corolário lógico, as virtudes dessas partes haverão de ser aquelas disposições conforme cada uma delas alcançará a verdade em grau mais elevado (a melhor delas).

O Filósofo parte da premissa de que são cinco as disposições em virtude das quais a alma possui a verdade, seja afirmando, seja enganando. São elas: a) a arte; b) o conhecimento científico; c) a sabedoria prática; d) a sabedoria filosófica; e, e) a razão intuitiva.¹⁷⁴

¹⁷³ “*Nada que é passado é objeto de escolha*”, na perspectiva de que ninguém delibera sobre o passado, mas, apenas, sobre aquilo que está para acontecer e pode ser de outra forma (In *Ética a Nicômaco*, p.130).

¹⁷⁴ O Filósofo deixa de fora dessas deliberações o juízo e a opinião, porque eles podem facilmente se enganar (In *Ética a Nicômaco*, p.130).

A *arte* está ligada ao *produzir* (vinculada à causa) e não à sua finalidade. A arte ama o acaso, o vir a ser ou não, e não pode, por isso, ser objeto da ciência, porque variável.

A *sabedoria* implica sempre *excelência*. Entre todas as formas de conhecimento, ela deve ser a mais perfeita, a mais primorosa. A sabedoria prática traduz-se por aquela capacidade verdadeira e raciocinada de agir no que respeita às ações relacionadas com os bens humanos. Ela *implica sempre escolhas* e, portanto, *deliberação*. Se assim é, a sabedoria prática também não pode constituir objeto da ciência, porque *não se sujeita à demonstração* (não é experimentável; não pode ser comprovada pela experiência).

O *conhecimento científico*, Aristóteles o compreende como aquele que desafia e é confirmado por meio de prova, pela experimentação; por assim ser, ele *envolve juízos acerca de coisas universais e necessárias* (condições de possibilidade de algo). Tanto as conclusões demonstradas como o próprio conhecimento são derivados dos *primeiros princípios*¹⁷⁵, na medida em que ciência exige apreensão em base racional.

Consequentemente, o *primeiro princípio* de que deriva o que é cientificamente conhecido *não pode ser objeto* de ciência, nem de arte e nem de sabedoria prática (*arte*, *primeiro princípio* e *sabedoria prática* não são e não podem ser objeto de ciência), pois aquilo que pode ser cientificamente conhecido pode, por conseguinte, ser demonstrado. *O primeiro princípio não é passível de comprovação experimental*. Está, pelo tanto, fora do âmbito científico.

Mas como podemos saber do que se trata? O que podemos compreender como “*razão intuitiva*” (que nos permite apreender os primeiros princípios)?

¹⁷⁵ Nos quais se inserem, na tradição, o *Princípio da Identidade*, que pode ser compreendido como a condição do pensamento sem o qual não podemos pensar. Ele afirma que uma coisa, seja ela qual for, só pode ser conhecida e pensada se for percebida e conservada com sua identidade: o que algo é; o *Princípio da Não-Contradição*, pelo qual é impossível que algo seja e não seja ao mesmo tempo e sob o mesmo aspecto; ele afirma que uma coisa ou uma ideia que se negam a si mesmas se autodestroem, desaparecem, deixam de existir. Ainda, que as coisas e as ideias contraditórias são impensáveis e impossíveis. Sem esse princípio, o da identidade não pode sequer funcionar; o *Princípio do Terceiro-Excluído*, que define a decisão de um dilema - “ou isto ou aquilo” - e exige que apenas uma das alternativas seja verdadeira; e o *Princípio da Razão Suficiente*, que afirma que tudo o que existe e tudo o que acontece tem uma razão (causa ou motivo) para existir ou para acontecer, e que tal razão (causa ou motivo) pode ser conhecida pela nossa razão. Ele costuma ser igualmente chamado de *princípio da causalidade*, no propósito de afirmar que razão assegura a existência de relações ou conexões internas entre as coisas, entre fatos, ou entre ações e acontecimentos. Isso não quer dizer que a razão não admita o acaso ou ações e fatos acidentais, mas, sim, que ela procura, mesmo para o acaso e para o acidente, uma causa. E a diferença entre a causa, ou razão suficiente, e a causa casual ou accidental está, segundo Marilene Chauí (in *Convite à Filosofia*, pp. 110 e s), em que a primeira se realiza sempre, é universal e necessária, enquanto a causa accidental ou casual só vale para aquele caso particular, para aquela situação específica, não podendo ser generalizada e ser considerada válida para todos os casos ou situações iguais ou semelhantes, pois, justamente, o caso ou a situação são únicos.

Na cultura ocidental, onde ela é originada, como explica Marilena Chaui¹⁷⁶, a palavra *razão* tem origem em duas fontes, ou seja, na palavra latina *ratio* e também na palavra grega *logos*. Ambas as palavras designam substantivos derivados de dois verbos que têm um sentido muito parecido em latim e em grego, pois *logos* vem do verbo *legein*, que significa contar, reunir, juntar, calcular; já *ratio* vem do verbo *reor* que, à sua vez, quer dizer contar, reunir, medir, juntar, separar, calcular.

Ora, quando medimos, juntamos, separamos, contamos e calculamos, naturalmente pensamos de maneira ordenada e, quando o fazemos, usamos palavras, ainda que estivermos usando números.¹⁷⁷

Nesse contexto, *logos*, *ratio* ou *razão* significam nada mais do que pensar e falar ordenadamente, com medida e proporção, com clareza e de modo compreensível para outros. Na raiz, *razão* é a capacidade intelectual para pensar e exprimir-se correta e claramente, para pensar e dizer as coisas tais como são de modo a permitir a sua compreensão.

A *razão*, portanto, também configura uma maneira de organizar a realidade de modo a que esta se torne compreensível (só aí há verdadeira comunicação). De igual modo, ela se traduz pela confiança de que podemos ordenar e organizar as coisas justamente por elas serem organizáveis, ordenáveis, compreensíveis nelas mesmas e por elas próprias. Em outras palavras, porque as próprias coisas são racionais.

Enquanto a *razão discursiva*, ou seja, da atividade racional que discorre, percorre uma realidade ou um objeto para chegar a conhecê-lo, isto é, realiza vários atos de conhecimento até conseguir captá-lo e, assim, apreende o objeto, depois de passar por etapas sucessivas de conhecimento, realizando esforços consecutivos de aproximação para chegar ao conceito ou à definição do objeto, a *razão intuitiva* se dá em perspectiva diversa.

*Intuição*¹⁷⁸ não resulta de um processo continuado; ela é uma compreensão global e instantânea de uma verdade, de um objeto ou de um fato. Nela, de uma só vez, a *razão*

¹⁷⁶ In *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ática, 2000, pp. 110 e s.

¹⁷⁷ Mesmo quando usamos números, estamos usando palavras, sobretudo os gregos e os romanos, que usavam letras para indicar números.

¹⁷⁸ A intuição irá ocupar lugar de destaque nos desenvolvimentos de outros filósofos de renome, como Albert Einstein, a quem é atribuída a célebre expressão: "*Não existe nenhum caminho lógico para a descoberta das leis do Universo - o único caminho é a intuição*". Ela tem destaque nos estudos de Henri Bergson, para quem intuição configura a apreensão imediata da realidade por coincidência com o objeto. Em outras palavras, é a realidade sentida e compreendida absolutamente de modo direto, sem utilizar as ferramentas lógicas do entendimento: a análise e a tradução. Isto é, a intuição é uma forma de conhecimento que penetra no interior do objeto de modo imediato sem o ato de analisar e traduzir. A análise é o recorte da realidade, mediação entre sujeito e objeto. A tradução, é a composição de símbolos

capta todas as relações que constituem a realidade e a verdade da coisa intuída¹⁷⁹. Eis como se define a *razão intuitiva*: um ato intelectual de discernimento e compreensão.

Na Psicologia, a *razão intuitiva* é largamente utilizada e reconhecida no emprego do termo *insight*, quando os psicólogos se referem ao momento em que temos uma compreensão total, direta e imediata de alguma coisa ou o momento em que percebemos, em um só lance, um caminho para a solução de um problema científico, filosófico ou vital.¹⁸⁰

Rizzatto Nunes¹⁸¹ nos traz uma boa noção para que compreendamos o que é uma *intuição*, pois busca explicá-la como “*um ato do espírito no seu esforço para introduzi-se na consciência, isto é, para atualizar-se*”. Por vezes, conforme o autor, ele já está na consciência, no reconhecimento atento, por exemplo, sendo o que torna possível uma experiência da sensibilidade (o que, na Modernidade, inspirou David Hume, em seu *Tratado sobre a Natureza Humana*) pelo estímulo da percepção, mostrando a ligação do

linguísticos ou numéricos que, analogamente a primeira, também servem de mediadores. Ambas são *meios* falhos e artificiais de acesso à realidade. Somente a intuição pode garantir uma coincidência imediata com a realidade sem símbolos nem repartições.

¹⁷⁹ Grosso modo, dir-se-ia dotada de *razão intuitiva* aquela que tem um médico quando realiza um diagnóstico e apreende, de uma só vez, a doença, sua causa e os modos de tratá-la.

¹⁸⁰ Em seu *Convite à Filosofia* (São Paulo: Ática, 2009, pp. 110 e s.), Marilena Chaui sustenta, ainda, que a razão intuitiva pode ser de dois tipos: intuição sensível ou empírica e intuição intelectual; a primeira, configura o conhecimento que temos a todo o momento de nossa vida. Assim, com um só olhar ou num só ato de visão, percebemos uma casa, um homem, uma mulher, uma flor, uma mesa. Num só ato, por exemplo, captamos que isto é uma flor: vemos sua cor e suas pétalas, sentimos a maciez de sua textura, aspiramos seu perfume, temos por inteiro e de uma só vez diante de nós, pois a intuição empírica é o conhecimento direto e imediato das qualidades sensíveis do objeto externo, como cores, sabores, odores, paladares, texturas, dimensões, distâncias. É também o conhecimento direto e imediato de estados internos ou mentais, como lembranças, desejos, sentimentos, imagens. Ela é, no dizer da autora, de natureza psicológica, porquanto se refere aos estados do sujeito do conhecimento enquanto um ser corporal e psíquico individual: sensações, lembranças, imagens, sentimentos, desejos e percepções são exclusivamente pessoais. Sua marca é a singularidade. Por um lado, está ligada à singularidade do objeto intuído (ao “isto” oferecido à sensação e à percepção) e, por outro, está ligada à singularidade do sujeito que intui (aos “meus” estados psíquicos, às “minhas” experiências). A intuição empírica não capta o objeto em sua universalidade e a experiência intuitiva não é transferível para um outro objeto. Já a percepção intelectual difere da sensível justamente por sua universalidade e necessidade. Quando pensamos: “Uma coisa não pode ser e não ser ao mesmo tempo” (princípio da não-contradição), sabemos, sem necessidade de provas ou demonstrações, que isso é verdade. Ou seja, temos conhecimento intuitivo do princípio da não-contradição. Quando dizemos: “O amarelo é diferente do azul”, sabemos, sem necessidade de provas e demonstrações, que há diferenças. Vemos na intuição sensível a cor amarela e a cor azul, mas vemos, na intuição intelectual, a diferença entre cores. Quando afirmamos: “O todo é maior do que as partes”, sabemos, sem necessidade de provas e demonstrações, que isso é verdade, porque intuimos uma forma necessária de relação entre as coisas. Assim, a intuição intelectual é o conhecimento direto e imediato dos princípios da razão (identidade, contradição, terceiro excluído e razão suficiente), das relações necessárias entre os seres ou entre as ideias, da verdade de uma ideia ou de um ser. A autora pontua que na história da Filosofia, o exemplo mais célebre de intuição intelectual é conhecido como o *cogito cartesiano*, isto é, a afirmação de Descartes: “Penso (cogito), logo existo”. De fato, argumenta, quando pensamos, sabemos que estamos pensando e não é preciso provar ou demonstrar isso, mesmo porque provar e demonstrar é pensar e para demonstrar e provar é preciso, primeiro, pensar e saber que se pensa.

¹⁸¹ In *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. 2ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, pp.17-19.

espírito com o corpo, bem assim uma ligação do presente ao passado que invade o futuro, podendo operar lembranças, por similitude e contiguidade, dentro de sua duração. Ela é a experiência vivida pelo sujeito; ela não comporta *definição*, porque não há qualquer palavra ou conceito que poderia exprimi-la, inclusive porque uma definição não pode ser provada; apenas podemos mostrar que ela faz sentido.¹⁸²

E nessa ambiência de razão, verdade racional, primeiros princípios, o que podemos inferir como sabedoria no pensamento aristotélico?

Quando Aristóteles se refere à sabedoria, ele afirma que o homem sábio, antes de tudo, “*não terá apenas conhecimento do que decorre dos primeiros princípios, como terá uma concepção verdadeira a respeito desses primeiros princípios. Portanto, a sabedoria deve ser uma combinação da razão intuitiva com o conhecimento científico - uma ciência das coisas mais elevadas, é dizer, a excelência que lhe é própria*”.¹⁸³

Seria estranho ao Filósofo pensar que a arte política ou a sabedoria prática se incluíssem nessas coisas mais elevadas, que fossem o melhor ou o mais perfeito dos conhecimentos, até porque Aristóteles não perfila o entendimento de que o homem seja o que há de melhor no mundo¹⁸⁴ - tanto é que, como acima assinalado, compreende a existência de seres humanos superiores e inferiores -. Entretanto, justifica a exclusão justamente porque o objeto da sabedoria prática pode variar, assim como o objeto da arte (a causa).

Por isso, o Estagirita também não concede que a sabedoria prática e a arte política sejam a mesma coisa. “*Se devêssemos chamar sabedoria filosófica a disposição mental relacionada com os interesses pessoais de uma pessoa, haveria muitas sabedorias filosóficas*”¹⁸⁵ dizia Aristóteles ao preconizar a inexistência de uma sabedoria relativa ao bem de todos os animais, assim como a inexistência de uma arte médica única para todas as coisas existentes, mas *uma sabedoria filosófica relativa ao bem de cada espécie*, indiferentemente de se conceber ou não o homem como o melhor dos animais e, em qualquer formulação, de um bem orientado à coletividade, porque não reconhece qualquer autonomia da vontade no reconhecimento desse bem.

¹⁸² É só por meio da intuição, na ótica do autor, que se pode chegar ao absoluto, pois o sujeito não apreende o sentido de fora para dentro da coisa, mas se transporta para dentro dela, sendo que o conhecimento, então, já não depende de movimento, da duração ou da posição do observador.

¹⁸³ In *Ética a Nicômaco*, p.134.

¹⁸⁴ Há no imaginário aristotélico coisas mais divinas por natureza, que o homem, a exemplo dos corpos que constituem os céus (In *Ética a Nicômaco*, p.135).

¹⁸⁵ In *Ética a Nicômaco*, pp.134-135.

Dessas considerações, resulta-lhe claro que a sabedoria filosófica é um conhecimento científico combinado com a razão intuitiva daquelas coisas que são mais elevadas por natureza.¹⁸⁶

A sabedoria prática não se prestaria a essa combinação justamente porque ela diz respeito a coisas humanas, e coisas que comportam deliberação. Aliás, deliberar é, acima de tudo, a função do homem, notadamente do cidadão, na concepção de homens livres, sublinhando que só se delibera sobre coisas variáveis e sobre coisas cujo fim seja um bem que possa ser obtido pela ação.

Na ideia de sabedoria prática aristotélica, esse “deliberar” deve ser compreendido no sentido absoluto da palavra, aquela em que o homem visa, calculadamente, ao que há de melhor para os homens, naquilo que é atingível pela ação. Logo, a sabedoria prática não se relaciona somente com o universal, mas, também, leva em conta os particulares e diz respeito especialmente à ação. Aqui não há nada que escape à História e à Geografia. Não se perca de vista, todavia, que o homem reconhecido por Aristóteles era apenas aquele homem livre, julgado apto a participar da vida política e das decisões emanadas do poder político.

Numa perspectiva ideal, esses homens aristotélicos deveriam possuir essas duas formas de sabedoria e, no sentir aristotélico, deveriam possuir mais ainda a sabedoria prática (conhecendo mais os casos particulares que os universais).

Sugere, contudo, que deva existir uma ação controladora de ambas. O Filósofo vê, nesse contexto, na sabedoria política, a mesma disposição de alma existente na sabedoria prática. Porém, a essência dessas sabedorias não é a mesma: na sabedoria que diz respeito à cidade, à *pólis*, a sabedoria prática que exerce esse papel controlador (deliberar bem no sentido absoluto da palavra, numa perspectiva de excelência da deliberação) é a sabedoria legislativa (aquela consagrada pela *Justiça Geral*, imbricada com a virtude) ao passo que, aquela que se relaciona com os assuntos da cidade com os particulares, dentro do seu universal, é conhecida como *Ciência Política*, e se liga à ação e à deliberação, uma vez que um decreto é algo para ser cumprido sob a forma de um ato individual.

A sabedoria prática é do tipo que se relaciona à experiência, porque dela advém. Só o tempo pode dar. Porque assim é, explica Aristóteles¹⁸⁷, um menino pode

¹⁸⁶ Por isso Aristóteles reconhece em Anaxágoras, Tales e homens como eles a existência de uma sabedoria filosófica, mas não prática, pois ignoravam o que lhes era vantajoso e reconheciam coisas notáveis, maravilhosas, difíceis e divinas, porém, improfícuas, porquanto não eram os bens humanos que eles perseguiam.

perfeitamente se tornar um matemático, mas não se tornará jamais um filósofo ou um físico, uma vez que os objetos da Matemática existem por abstração, enquanto os primeiros princípios da Filosofia e da Física vêm da experiência. A sabedoria prática, definitivamente, não se identifica com o conhecimento científico uma vez que ela se relaciona com o fato particular imediato (a ação é da mesma natureza).

A sabedoria prática também se difere na ação intuitiva. Enquanto esta apreende as premissas e as definições das quais não se pode dar à razão, aquela se relaciona ao fato particular imediato que não é objeto de conhecimento científico, mas de percepção. Aqui, porém, a percepção que deve ser considerada não é aquela de qualidades concernentes a um determinado sentido (não é um *insight*), mas de uma percepção que se assemelha àquela por meio da qual sabemos e compreendemos uma figura particular que temos a nossa frente.

Busca, então, o Estagirita, determinar a natureza da excelência da deliberação almejando saber se ela é um conhecimento científico, uma opinião, uma habilidade de fazer conjecturas ou outra espécie de coisas.

A natureza da excelência da deliberação não é, a seu ver, um *conhecimento científico*; investigar e deliberar são coisas distintas e não se investiga sobre coisas que se conhece; além do mais, uma boa deliberação investiga e calcula. Também a natureza de uma boa deliberação não pode ser a mera habilidade em fazer conjecturas, porque essa habilidade não pressupõe raciocínio. A boa deliberação requer longo tempo de reflexão, tino e deve ser levada a efeito devagar. Igualmente, não pode ser identificada com qualquer tipo de opinião, porque a excelência deliberativa - na acepção de uma deliberação correta - exige inteligência, especulação e meditação.

Então, acaba por concluir que essa natureza reside no *discernimento* - aquela faculdade humana de discriminar, e discriminar corretamente; o discernimento correto é, em Aristóteles, o *equitativo*, o que julga segundo a verdade (proveniente da equidade, o que antes apontamos como critério, em seu modelo jurídico-político, de correção dos defeitos das leis, defeitos que, no seu entendimento, também são delas uma característica universal).

A este ponto ele vai, uma vez mais, relevar a importância da *razão intuitiva*, pois o homem dotado de sabedoria prática deve ter conhecimento dos fatos particulares como também inteligência (no sentido de perspicácia) - que se relacionam com as coisas a serem feitas, coisas que são imediatas. A *razão intuitiva*, conforme afirma, “*ocupa-se*

¹⁸⁷ In *Ética a Nicômaco*, p.136.

*com coisas imediatas em ambos os sentidos, uma vez que tantos os primeiros termos como os últimos são objeto da razão intuitiva e não do raciocínio, e a razão intuitiva pressuposta pelas demonstrações apreende os termos primeiros e imutáveis, ao passo que a razão intuitiva requerida pelo raciocínio prático apreende o fato último e variável, ou seja, a premissa menor. E esses fatos variáveis servem como pontos de partida para a apreensão do fim, uma vez que chegamos ao universal a partir do ponto particular, devemos, porém, ter a percepção destes últimos, e tal percepção é a razão intuitiva”.*¹⁸⁸

Tais disposições (discernimento, perspicácia, *razão intuitiva*) são, ao modo de ver aristotélico, dotes ou causas naturais, categorias inatas - mas não de todos os homens -, embora não se possa dizer que alguém seja filósofo por natureza. Por isso, além das demonstrações, devemos acatar também os aforismos e as opiniões não demonstradas pelas pessoas experientes e mais velhas e as das pessoas dotadas de experiência prática, pois ambas, a sabedoria filosófica e a sabedoria prática, são virtudes de uma parte diferente da alma.

Todas essas questões acabam por revelar uma maneira peculiar de Aristóteles enxergar o mundo. Terá repercussão extraordinária, em diferentes momentos históricos, sobre o modo de compreensão do Direito, abrindo espaços para discussões pontuais em termos de seu conteúdo, inclusive análise de cunho pragmático.

Entretanto, encaminhando-nos para a finalização deste capítulo, sem demérito aos seus ensinamentos e contributos de Aristóteles para a evolução do pensamento humano, sua postura defensiva da ideia de que a razão humana encontrada na dimensão da alma, como elemento nuclear que diferencia o homem de outros animais e que o capacita em termos de consciência e discernimento, pode-se concluir que, do pluralismo social e político sobre o qual o Estagirita teorizou, não se pode extrair uma apropriada noção de humanidade.

Além de seu modelo desprezar o ser humano em sua centralidade, pois confere tal lugar ao Estado e à coletividade, Aristóteles, em derradeiro, retira da pessoa a liberdade de se autodeterminar na seara jurídico-política e de eleger seus próprios fins, postura que, de certo modo, chega a ser curiosa, uma vez que reconhece que o indivíduo é capaz de, segundo o seu discernimento e consciência, proceder a escolhas e de ser responsável pelas suas consequências.

¹⁸⁸In *Ética a Nicômaco*, p.140.

Em seu modelo jurídico-político, o indivíduo ainda é entendido como pertencente ao Estado, uma vez que somente nele, segundo Aristóteles, poderá o ser humano se realizar e atingir o bem absoluto, o *bem comum*, a finalidade última de toda sociedade política, um posicionamento segundo o qual o principal dever do homem é justamente o de contribuir para o bem do Estado e da coletividade.

Nesse quadro, em que pese o reconhecimento de suas contribuições para a formação histórica do humanismo ao reconhecer, por exemplo, a sociabilidade inata do homem enxergando-o como um ser social por natureza e não por um pacto ou convenção; ao defender as ideias de “liberdade” e de “igualdade” e ao apontar para a existência de *formas diferentes* de se perceber e de se expressar o mesmo fenômeno da *justiça*, tal humanismo ainda se pode reputar caótico, porque o seu modelo político-jurídico não reconhece direitos fundamentais à pessoa, tampouco qualquer liberdade individual efetivamente oponível e limitativa do poder estatal.

Essa ausência de reconhecimento de direitos fundamentais e de liberdades individuais oponíveis inclusive ao poder do Estado se revela na própria concepção de legalidade formulada por Aristóteles, porque dele decorre que, frente ao poder, o indivíduo nada pode opôr, contrapor ou resistir, seguindo a lógica de nada poder fazer, por livre arbítrio, senão aquilo que a lei ordena.

Logo, não advém dos desenvolvimentos de Aristóteles uma teoria de tutela efetiva da condição humana e de sua dignidade intrínseca, justo porque o indivíduo é o último considerado em seu modelo jurídico-político. E nesse contexto, também no poder, em sua doutrina, reside o fundamento último da solidariedade, sem prejuízo de se reconhecer que Aristóteles pensou, por primeiro, em alguma expressão de liberdade, como ocorre, por exemplo, ao formatar seu modelo democrático.

Mesmo aí há que assinalar, tal liberdade e igualdade a fundamentar seu modelo democrático devem ser lidos com parcimônia, pois, como acabamos de ver, era um conceito *limitado* de democracia (um modelo segundo o qual são os homens os donos do Estado, postura com que sepultou a República de Platão) porque, sem embargo de prescrever a alternância dos indivíduos no poder, eram falsas suas premissas de “homens livres” e “iguais”, já que essa liberdade e essa igualdade Aristóteles não as reconhecia a todos os homens indistintamente, uma vez que, dividindo homens em superiores e inferiores, escravos e estrangeiros, o direito ao sufrágio e, portanto, de participação no poder político, era limitado a um número reduzido de pessoas: os cidadãos.

No campo puramente filosófico, entendemos que Aristóteles andou bem ao reconhecer, como anteriormente destacamos, que o ser humano é um composto de corpo e alma, e é pelas disposições da alma, onde estão inscritos os primeiros princípios, que possuímos a verdade, aquelas com as quais jamais nos enganamos a respeito das coisas invariáveis ou mesmo variáveis; e que essa percepção da verdade em muito se dá pela *razão intuitiva que apreende os primeiros princípios*, algo muito próximo ou equivalente à autoevidência; algo sobre o que qualquer senso comum é capaz de reconhecer como certo ou errado ou, dito de outro modo, algo sobre o que, aprioristicamente, concordaríamos que é verdadeiro ou falso, matéria prima do que adiante buscaremos extrair a ideia de um senso comum de uma ordem axiológica de valores superiores, suprapositiva e impositiva de uma normatividade justa.

Contudo, Aristóteles esteve, como se vê, bem longe de um humanismo adequado, especialmente ao defender a escravidão como um fenômeno natural, partidário que era da ideia de que a própria natureza seleciona os seres humanos, fazendo de uns nascidos para a liberdade, e outros, para a escravidão; uns para mandar e outros para obedecer, o que, em boa leitura, são ideias que configuram verdadeiras antíteses da condição de pessoa humana e sua dignidade intrínseca que, sem liberdade, sequer podem ser imaginadas, de modo que não podemos dizer que em sua doutrina jurídico-política repousem os *antecedentes históricos concretos da solidariedade*, à exceção de sua compreensão sobre uma vivência em sociedade como elemento natural da sociabilidade humana. O humanismo centrado no indivíduo, historicamente, só teve início no Estoicismo, tema que será desenvolvido no capítulo seguinte.

CAPÍTULO 4 – O pensamento estoico e seu contributo para a compreensão de “indivíduo”

O período Cristão foi antecedido pelo Estoicismo¹⁸⁹, que veiculava uma proposta de afastamento humano dos bens materiais, afastamento esse que seria necessário nessa

¹⁸⁹ Segundo Fábio Konder Comparato (in *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2007, p.16), “a filosofia estoica desenvolveu-se durante seus séculos desde o momento em que Zenão de Sete começou a ensinar em Atenas em 321 a.C. até a segunda metade do século III da era cristã. Mas os seus princípios permaneceram em vigor durante toda a Idade Média e mesmo além dela”. O autor ainda acrescenta que, sem embargo de ela não caracterizar-se por um pensamento sistemático, apresentava-se com algumas ideias centrais, dentre as quais, a de “*unidade moral do ser humano e a dignidade do homem, considerado filho de Zeus e possuidor, em consequência, de direitos iguais e inatos em todas as partes do mundo, não obstante as inúmeras diferenças individuais e grupais*” (in op.cit., p.160).

concepção, porquanto tais bens *não representavam o verdadeiro valor da vida*. O *bem-estar*, nesse contexto, se reduzia ao bem-estar espiritual, jamais envolvendo uma ideia de um conjunto de bens (inclusive materiais) para que um ser humano pudesse viver bem e feliz.

A matéria era compreendida somente como um mal necessário para a racionalização; tal proposta, por isso, reclamava certos comportamentos, tais como comer pouco, beber o suficiente, dormir apenas o necessário¹⁹⁰, tudo o que permitisse ao homem olhar apenas para aquilo que realmente interessava na concepção estoica: a Filosofia, a razão do mundo e da natureza.

Os estoicos aceitavam a ideia de um Deus único, mas essa Entidade, no seu imaginário, cuidava do universo como um todo, ou seja, dos gêneros e das espécies, mas não tinha por escopo cuidar de cada um de nós, embora se unisse a cada ser humano por meio da alma e da razão humana, promovendo uma espécie de nivelamento. O ser humano de nada precisava, ademais, senão do mínimo necessário para manter-se vivo, no seu propósito único de existir que era o de pensar.

Nesse aspecto, temos resistência em aderir à linha de pensamento estoico como significativo da solidariedade porque o estoicismo consagrava uma filosofia da *não-ação*, o que se distancia da compreensão em termos da maneira como a solidariedade se realiza, como veremos na segunda parte desta investigação, enquanto uma forma de expressão da justiça, uma categoria imediatamente decorrente da dignidade da pessoa humana, que se caracteriza justamente por um tipo de postura social norteadas pelo empenho de cada um para o bem-estar de cada estrato social em que se acha naturalmente inserido, e que se concretiza por meio de deveres, de atitudes positivas e não absenteístas, que emanam de uma consciência de que todos são responsáveis por todos e por cada um, podendo mesmo ser definida como aquela ação concreta em favor do bem próprio, primeiramente, e do bem do outro e, sucessivamente, do bem do todo, como oportunamente abordaremos.

Mas, ao contrário disso, para o Estoicismo, o não agir era visto como a melhor forma de um homem alcançar a sabedoria e o conhecimento, e deste, uma utilidade para os demais. Essa postura foi, por exemplo, defendida por Cícero e também por Sêneca¹⁹¹

¹⁹⁰ Enfim, como dizia Sêneca (*in Aprender a Viver*. (Tradução de Lúcia Sá Rebello e Ellen Itanajara Neves Vranas. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2007, p.18), “*concede-se ao corpo apenas o que fosse o suficiente para um bom estado de saúde e dar-lhe um tratamento severo para que não desobedecesse a mente*”.

¹⁹¹ É a postura que pode ser conferida, por exemplo, em sua obra *Aprender a Viver* (Tradução de Lúcia Sá Rebello e Ellen Itanajara Neves Vranas. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2007, p.17), quando Sêneca

que, nessa perspectiva, abandonou o Senado do Império, retirou-se para sua vila afastada de Roma, e ocupou o seu tempo com a única função que reputava digna de um homem: a de *filosofar*.¹⁹²

Os estoicos, contudo, merecem destaque neste estudo porque irão sustentar que dentro de todos os homens, inclusive os escravos, existe uma liberdade interior inalienável¹⁹³, expressa na liberdade de pensamento, rompendo, assim, com o ideário grego que enxergava a liberdade do homem livre como sinônimo do direito de participação na vida política e de exercício dos direitos cívicos.

Nessa linha de compreensão da liberdade como algo inerente, o estoicismo retoma a ideia socrática e platônica de desprezo pelo corpo, porque, igualmente, partilha do entendimento de que ele aprisiona a alma. A alma é livre e participa do divino para os estoicos. E por isso, a alma, ao revés do corpo, não está sujeita ao sofrimento do exílio, tampouco pode ser dominada pela violência ou pela dor. À razão disso, o corpo tem pouco ou nenhum valor.

Em sendo assim, em que pese o estoicismo tenha alicerçado a ideia de liberdade no interior da alma de cada homem - premissa de invulgar importância para a compreensão hodierna de condição humana e de dignidade - ele acaba por reduzir toda a vida a uma servidão¹⁹⁴. É, por exemplo, o que sustenta Sêneca em sua abordagem em torno da brevidade da vida, onde defende que somente as pessoas que vivem no ócio, em inatividade corporal, dispõem de tempo para filosofar. Só estas estão, a seu ver, efetivamente vivas, livres das leis que limitam a raça humana.

saúda o amigo Lucílio e, falando sobre a solidão dos filósofos, diz: “*Tu me aconselhas a evitar a multidão escreves, e que me afaste e me contente com a minha consciência? Onde estão aqueles teus preceitos que recomendam morrer em ação? O quê? Pensas que estou te aconselhando à inércia? Eu me refugiei e fechei as portas para poder ser útil a mais gente. Nunca passo um só dia no ócio: dedico parte da noite aos estudos. Não me abandono ao sono, mas sucumbo, e continuo no meu trabalho com olhos caídos e cansados pela vigília. E me afastei não apenas dos homens, mas, também, das coisas e, em primeiro lugar, das minhas: ajo no interesse da posteridade. Escrevo para transmitir advertências salutares...*”, deixando claro que o seu pensamento tinha um objetivo de auxiliar a humanidade com seus ensinamentos acerca da vida.

¹⁹² Em sua obra ***Sobre a Brevidade da Vida*** (Tradução de Lúcia Sá Rebello, Ellen Itajanajar Neves Vranas e Gabriel Nocchi Macedo. Porto Alegre: L&MPochet, 2007, p.9), consta, conforme notícia a tradutora Lúcia Sá Rebello, que, “*quando Nero foi nomeado imperador, Sêneca tornou-se seu principal conselheiro e tentou orientá-lo para uma política justa e de humanidade. Durante algum tempo, exerceu influência benéfica sobre o jovem mas, aos poucos, foi forçado a adotar uma atitude de complacência*”. Adiante, recebeu de Nero a ordem de suicidar-se, determinação que executou com a mesma serenidade com que exercia a sua filosofia, definindo Sêneca como um filósofo que forjou um modo de vida e uma concepção de mundo e do espírito, em cujo núcleo se unem inextricavelmente a liberdade de consciência e o compromisso ético.

¹⁹³ JEAN-JACQUES, Israel, in ***Droit des Libertés Fondamentales***. Paris: 1998, p. 59.

¹⁹⁴ Seneca, in ***Sobre a Brevidade da Vida***. p.95.

Sem prejuízo da crítica já tecida, por ser o estoicismo uma filosofia do *não agir*, não se desconhece a imensa contribuição estoica em razão do reconhecimento a cada ser humano, indistintamente, de uma liberdade interior, um direito anterior, inalienável e inderrogável que é a liberdade de pensar.

Por outro lado, também não se pode deixar de criticar a postura estoica neste aspecto, porque ela peca por pugnar e reconhecer como o único dever de cada homem o agir segundo essa mesma natureza, pois, do contrário, estará aviltando o seu próprio pensamento, o que nos leva a indagar que tipo de liberdade é essa e que serventia ela tem se o homem não pode agir segundo o que pensa? Para os estoicos, todavia, essa liberdade interior configura a própria felicidade.

No pensamento estoico, obedecer a Deus é a própria liberdade; e a liberdade e a igualdade natural que estoicos proclamam repousa no fato de que todos os homens participam da razão divina. É por isso, igualmente, que os estoicos desprezam todos os bens materiais ao ponto de considerá-los a fonte de toda miséria humana, o que é plenamente compreensível ante a postura de desprezar o corpo humano e de valorizar a alma.

Entretanto, se o estoicismo foi, no processo histórico de afirmação da humanidade, o primeiro a conferir primazia ao indivíduo em detrimento do estatuto do cidadão, e o primeiro conhecido a consagrar o repúdio a qualquer ideia de superioridade natural entre os homens, inclusive nas questões políticas, ele também encontrou seu fundamento último numa divindade e não no homem mesmo, é dizer, não na própria condição humana. Ainda se estrutura sob um *jusnaturalismo divino* que precede a tudo e que fornece as bases do Direito Natural.

Com efeito, o estoicismo traz consigo o embasamento das teorias que sustentam a existência de um direito comum a todo ser vivente e que esse direito comum resulta da natureza mesma do homem. A isso chamam de Direito Natural, que repousa na essência de cada ser humano, mas ainda em razão de sua participação no divino por meio da alma. Nesse Direito Natural, que reconhece em cada homem uma liberdade interior inalienável e inviolável de pensamento, curiosamente não se inclui a liberdade de negar ou colocar em causa a mesma divindade que o sustenta.

Não obstante essa observação pessoal, esse tema central do Estoicismo encontrou desenvolvimentos em Roma, notadamente por meio de Cícero (106-43 a.C.), que também, no âmbito jurídico-político, ocupou-se em pensar em uma República como modelo político.

Em sua República, Cícero¹⁹⁵ sustenta a existência de uma lei conforme a natureza, escrita ou não, comum a todos. Essa lei conforme a natureza, na contramão da postura protagórica, é imutável, eterna, a par de enfeixar uma ordem de valores universais; logo, cuida-se de uma lei que não pode ser derogada, nem substituída, a qual todos devem invariável obediência, pena de aviltarem a própria natureza humana.¹⁹⁶

Essa postura estoica também serviu e ainda serve para muitos teóricos sustentarem a existência de um Direito Natural anterior e superior ao Direito Positivo e por este inderrogável, uma vez que essa lei natural não deriva de convenção dos povos, tampouco de uma autoridade estatal. Esse Direito Natural também coloca em causa o Direito Positivo como fonte exclusiva do Direito, assim como admite sua derogabilidade por lei natural, escrita ou não escrita, conquanto contrarie a natureza do homem.

Cícero reconhece nos homens uma disposição natural para amar uns aos outros, sendo isso o que nos faz agir para a defesa da salvação comum¹⁹⁷, e nisso sustenta radicar o fundamento mesmo do Direito, e não na mera vontade da maioria ou na vontade do poder estatal, ainda que legitimamente constituído. Se assim não fosse, na ótica do estoico tudo poderia se transformar em direito válido, inclusive e especialmente, naqueles aspectos que contrariam a natureza humana e a lei natural.

A lei natural, portanto, é soberana, notadamente porque ela está vinculada a Deus que é, na doutrina estoica, o seu autor. Isso se dá justamente porque o homem, nessa visão, é criado por Deus. O homem participa, por meio da razão, do divino, através da alma. Nasceu para ser justo. Como refere o próprio Cícero¹⁹⁸, o homem é o próprio “santuário da divindade” eis que todos os homens são ligados a Deus justamente por essa lei natural à qual devem obediência.

Isso se deve ao fato de essa lei natural estar fundada na razão soberana divina e, por isso, se acha gravada, na perspectiva estoica, na própria natureza do homem, impressa nas almas, e sendo ela suprema e comum a todos, assume precedência e primazia sobre toda lei escrita, inclusive sobre a Constituição de qualquer Estado.

Tal qual Aristóteles, Cícero compreende a razão como a característica que diferencia e torna o homem superior a todos os outros animais. Porém, ao contrário da proposta aristotélica (que estratifica os indivíduos e os separa entre seres superiores e

¹⁹⁵ Marcos Túlio Cícero. *Da República*. Liv. III, 22.

¹⁹⁶ Marcos Túlio Cícero. *De Legibus*. Liv. I, 16.

¹⁹⁷ Marcos Túlio Cícero. *Da República*. Liv. I, 1.

¹⁹⁸ Marcos Túlio Cícero. *De Legibus*. Liv. I, 7.

inferiores), em Cícero¹⁹⁹, há nos homens uma inteligência comum, razão pela qual não se pode falar em uma diferenciação entre os seres humanos, preconizando, aí, uma igualdade em essência, matéria-prima que, na construção de um humanismo adequado, será elementar na compreensão da ideia de pessoa.

É essa essência que permite Cícero proclamar a universalidade do homem e o identificar como cidadão de todo o mundo, pois um homem será um homem independentemente de suas características pessoais em qualquer lugar do planeta.

Por todas essas razões, o pensador estoico também reconhece no Direito Natural o fundamento para ordenar ou proibir qualquer coisa, pois fundado que é na lei natural que, expressando a razão reta não pode ser ignorada nem pelos homens nem pelo poder político, ainda que essa lei natural - cuja existência defende -, esteja ou não escrita em algum Direito posto ou convencionado.

Na seara política também são importantíssimos os ensinamentos de Cícero, especialmente no que concerne ao processo de afirmação histórica da solidariedade, à medida que, a exemplo de Aristóteles, comunga do entendimento de que os homens não nasceram unicamente para si²⁰⁰, uma vez que eles vêm ao mundo para serem úteis aos outros.

Nesse aspecto, forçoso tecer mais uma crítica à lição de Cícero que, em tal proposição, acaba por funcionalizar o homem que, à evidência e à luz de uma adequada compreensão de humanidade e de um conceito de pessoa não permite essa leitura, até porque a coisificação do homem, pela sua funcionalização ou instrumentalização, atenta contra a própria noção de dignidade da pessoa humana, que, por outro lado, tem por elemento uma dimensão individual e também social do homem, ambas a realizar sua dignidade e humanidade por inteiro.

Todavia, convém repetir, nenhuma das críticas acima tecidas retira a relevância dos desenvolvimentos de Cícero para a construção de uma humanidade mais personalista da condição humana e de conformação de sua dignidade. As críticas também não afastam de Cícero a titularidade como precursor de diversas ideias políticas que constituirão os alicerces ideológicos que irão dominar a história da evolução da tutela da pessoa humana nos dias atuais, dentre elas, como destaca Paulo Otero²⁰¹: a) a defesa de um governo misto, envolvendo elementos monocráticos, aristocráticos e populares,

¹⁹⁹ Marcos Túlio Cícero. *De Legibus*. Liv. I, 16.

²⁰⁰ Marcos Túlio Cícero, in *Os Três Livros de Cícero Sobre as Obrigações Cívicas*. Traduzido para a língua portuguesa. 2ª ed. Typographia Rollandina, Lisboa, 1825, Liv. I, Cap.6, p.13.

²⁰¹ In *Instituições Políticas e Constitucionais*, p.93.

mediante união moderada; b) a proposta de equilíbrio de poderes na sociedade, segundo uma equitativa repartição de direitos, deveres e prerrogativas dos magistrados, enfatizando que pelo tema dos direitos e das liberdades certamente passa o sucesso ou o fracasso de qualquer ordem político-constitucional; c) a liberdade constitui característica inarredável das republicas, cujo poder supremo emana do povo, enfatizando que, se a liberdade não for igual para todos, ela configura outra coisa, porque liberdade não é; d) a proposta de salvaguarda da propriedade e dos bens materiais das pessoas, razão de ser do próprio Estado, ordenando aos governantes o dever de cuidar que cada um conserve o que é seu²⁰²; e, e) *a ideia de justiça anda, de algum modo, associada a uma dimensão patrimonial* e essa ideia é sepultada quando os seres humanos não têm o direito de conservar o que é seu.

CAPÍTULO 5. O Cristianismo e sua influência na construção do humanismo

A Era Cristã constitui um significativo marco no processo de afirmação histórica de construção de uma ideia de condição humana e de uma dignidade que lhe é inerente e, por conseguinte, de solidariedade, tanto como valor, como princípio não só da ordem cristã, como da ordem social e jurídico-política.

É no Cristianismo que se engendra a noção de *pessoa*, ideia esta que a Antiguidade desconheceu completamente.

Como se observa, a partir dessas considerações iniciais, na Idade Média as ideias de homem e de natureza ganham outra conformação, em especial, a partir do período de transição para o Cristianismo²⁰³ e, na sequência, de uma Filosofia Cristã, marcada por

²⁰² Marcos Túlio Cícero, *De Officiis*, Liv. II, 73.

²⁰³ Que se define por uma religião monoteísta centrada na vida e nos ensinamentos de Jesus de Nazaré, conforme são apresentados no Novo Testamento, fulcrada na fé em Jesus como o Cristo, Filho de Deus, Salvador e Senhor. Seus seguidores - *cristãos*-, crêem que Jesus seja o Messias, como profetizado na Bíblia Hebraica (a parte das escrituras comum tanto ao cristianismo quanto ao judaísmo). A *teologia cristã ortodoxa* acredita que Jesus teria sofrido, morrido e ressuscitado, e que isso teria se dado para abrir o caminho para o céu aos humanos. Os cristãos apregoam que Jesus teria ascendido aos céus, e a maior parte das denominações ensina que Jesus irá retornar para julgar todos os seres humanos, vivos e mortos, e conceder a *imortalidade* aos seus seguidores. Ele é considerado para os cristãos como modelo de uma vida virtuosa, bem assim como o revelador quanto a encarnação de Deus. O *Evangelho* ("Boas Novas") é a sua mensagem (daí por que se referem aos primeiros relatos de seu ministério como evangelhos. O Cristianismo se iniciou como uma *seita judaica*, ou seja, da mesma maneira que o próprio *judaísmo* ou o *islamismo*, é classificada como uma *religião abraâmica*, também no Mediterrâneo Oriental, ele rapidamente se expandiu em abrangência e influência ao longo de poucas décadas. Tanto é assim que no século IV já havia se tornado a religião dominante no Império Romano. Durante a Idade Média, a maior parte da Europa foi cristianizada e os cristãos também seguiram sendo uma significativa minoria religiosa no Oriente Médio, Norte da África e em partes da Índia. Depois da Era das Descobertas, por meio do trabalho de missionários e como produto da colonização, o Cristianismo se espalhou para as Américas e

grande influência da Igreja Católica²⁰⁴ nas diversas áreas do conhecimento e, por conseguinte, no campo filosófico, onde os temas religiosos predominaram.

Verificasse uma intromissão de seu pensamento abrangente de todos os setores da vida, desde a Ciência, o Direito, a Política, a Moral, a Ética, a Cultura e a Educação, ficando-se aí em poucos exemplos. Ele produz, por assim dizer, um distanciamento do pensamento filosófico clássico centrado no cosmos e no homem, para situá-lo numa concepção essencialmente divina e sagrada.

O Cristianismo vai desempenhar um papel decisivo na construção da identidade ocidental. A partir dele, Ciência e Fé se imbricam e esta orienta àquela. O Cristianismo acredita na Igreja²⁰⁵, palavra que tem origem grega e significa *assembleia*, esta compreendida como a comunidade de todos os cristãos e como o corpo místico de Cristo presente na Terra e sua continuidade.

Nesse ambiente comum, foram enfrentados grandes debates em torno da relação da razão com a fé; da existência e da natureza de Deus, das fronteiras entre o conhecimento e a liberdade humana e a individualização das substâncias divisíveis e indivisíveis, entre outros.

Logo, a ideia de homem e de natureza assume-se como um pensamento voltado para a universalidade cristã e, portanto, vinculada a uma Teologia e a um Deus a governar os homens.

Todo o pensamento se apresenta aí com matiz dogmático-religioso. Aquela ideia greco-romana da existência de leis não escritas, universalmente reconhecidas (em oposição às leis particulares, próprias de cada povo), uma espécie de *jus gentium*, ou seja, como uma espécie de *Direito Comum* aplicável a todos os povos, em todos os

pelo resto do mundo, tendo desempenhado papel de destaque na formação da civilização ocidental desde o século IV.

²⁰⁴ O Cristianismo em que se funda a Igreja Católica aqui considerada chegou muito rapidamente às elites romanas, mas logo também passou a enfrentar um longo período de perseguições, inclusive a partir do século II, de forma organizada, justamente porque os cristãos eram acusados de superstição e de promover o ódio ao gênero humano. Essa perseguição contou com certo abrandamento no século III. Nesse período, a Igreja amealhou muitos bens e donativos que, no entanto, foram confiscados quando a intolerância volta a sofrer um recrudescimento do Imperador Diocleciano. Sendo este derrotado, com a ascensão do Imperador Constantino, o Cristianismo foi legalizado, quando restou convocado o Primeiro Conselho de Nicéia, em 325 d.C., onde se definiu o *Credo Nice no*, uma manifestação mínima de crença compartilhada pelos bispos cristãos, com a divinização de Jesus Cristo. Adiante, nos anos de 391 e 392, o Imperador Teodósio I deu início ao combate ao paganismo, proibindo seus cultos, suas crenças e manifestações, proclamando o Cristianismo a religião oficial do Império Romano.

²⁰⁵ As principais Igrejas ligadas ao Cristianismo são a Igreja Católica, as Igrejas Protestantes (surgidas a partir da Reforma) e a Igreja Ortodoxa (Igreja que se formou a partir da Católica e desta se separou no século XI. Os ortodoxos não reconhecem, por exemplo, autoridade do Papa, não aceitam os dogmas proclamados pela Igreja Católica Romana em séculos recentes, tais como o da Imaculada Conceição e o da infalibilidade papal e não consideram válidos os sacramentos ministrados por outras confissões cristãs).

tempos e em todos os lugares, encontrava agora um fundamento essencialmente religioso e não na natureza humana: a unidade em Cristo, independente de que sociedade política se tratasse.

Assim, todos os esforços em identificar uma natureza comum a todos os homens são compreendidos, no período em liça, a partir de uma subjetividade particular, divina e sagrada: Deus, o criador de todas as coisas. O *Direito Natural* distancia-se, em definitivo, da noção de uma *lei natural cósmica*, pois é essencialmente sacralizado.

O Deus cristão, entretanto, é, em muito, diferente do Deus estoico. Ele é *pessoa*. Na tradição bíblica, lembra Fábio Konder Comparato²⁰⁶, “*Deus é modelo de pessoa para todos os homens*”. Fez-se carne²⁰⁷. Com ele é possível conversar, orar e postular que nos atenda. E o Deus cristão, além de se dispor a nos ouvir, para além do universo dos gêneros e das espécies, ainda cuida de cada um de nós, dos pés à cabeça; detém o monopólio e o poder sobre nossa vida e sobre nossa morte, ou seja, o poder sobre o nosso destino e sobre todas as coisas.

Como se observa, a partir dessas considerações iniciais, na Idade Média, a ideia de homem e de natureza, ganha outra conformação, em especial, a partir do período de transição para o Cristianismo²⁰⁸ e, na sequência, de uma Filosofia Cristã, marcada por grande influência da Igreja Católica.

²⁰⁶ In *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2007, p.17.

²⁰⁷ O Antigo Testamento, com bem observa Ingo Wolfgang Sarlet (*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª ed., rev., e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.44), já situava o homem como ponto culminante da criação divina. Mas o Cristianismo proclama, como nos dá conta Fábio Konder Comparato (in *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2007, pp.17), o dogma da Santíssima Trindade (três pessoas em uma só substância, que acaba por quebrar com a unidade absoluta e transcendental de pessoa divina, pois, “*Jesus de Nazaré concretizou na História o modelo ético de pessoa e tornou os homens mais acessíveis à sua imitação*” (op.cit., pp.17-18).

²⁰⁸ Que se define por uma religião monoteísta centrada na vida e nos ensinamentos de Jesus de Nazaré, conforme são apresentados no Novo Testamento, fulcrada na fé em Jesus como o Cristo, Filho de Deus, Salvador e Senhor. Seus seguidores - *Cristãos*-, crêem que Jesus seja o Messias, como profetizado na Bíblia Hebraica (a parte das escrituras comum tanto ao cristianismo quanto ao judaísmo). A *teologia cristã ortodoxa* acredita que Jesus teria sofrido, morrido e ressuscitado, e que isso que teria se dado para abrir o caminho para o céu aos humanos. Os cristãos apregoam que Jesus teria ascendido aos céus, e a maior parte das denominações ensina que Jesus irá retornar para julgar todos os seres humanos, vivos e mortos, e conceder a *imortalidade* aos seus seguidores. Ele é considerado para os cristãos como modelo de uma vida virtuosa, bem assim como o revelador quanto a encarnação de Deus. O *Evangelho* (“Boas Novas”) é a sua mensagem (daí por que se referem ao primeiros relatos de seu ministério como evangelhos). O Cristianismo se iniciou como uma *seita judaica*, ou seja, da mesma maneira que o próprio *judaísmo* ou o *islamismo*, é classificada como uma *religião abraâmica*, também Mediterrâneo Oriental, ele rapidamente se expandiu em abrangência e influência, ao longo de poucas décadas. Tanto é assim que, no século IV, já havia se tornado a religião dominante no Império Romano. Durante a Idade Média, a maior parte da Europa foi cristianizada, e os cristãos também seguiram sendo uma significante minoria religiosa no Oriente Médio, Norte da África e em partes da Índia. Depois da Era das Descobertas, por meio do trabalho de missionários e como produto da cononização, o Cristianismo se espalhou para as Américas e pelo resto do mundo, tendo desempenhado papel de destaque na formação da civilização ocidental desde o século IV.

O Cristianismo, como é cediço, nasceu com o Judaísmo e com ele, por um longo tempo, comungou. Por isso podemos afirmar que grande parte das vertentes cristãs herdou do Judaísmo a crença na existência de um único Deus, criador do universo e que pode intervir sobre ele. Um Deus onipresente, onipotente e onisciente que, sobretudo, ama as pessoas²⁰⁹.

Emerge, do pensamento judaico, a noção de pessoa, aí compreendida como criatura humana criada por Deus à sua imagem e semelhança, elaboração que vai além da ideia de comunhão preconizada por Cícero, ao compreender que o homem apenas participa do divino pela razão por meio da alma: o homem reflete a própria divindade.

O Deus Cristão é pai, já não mero cuidador dos gêneros e das espécies. E como pai *“infinitamente misericordioso e compassivo, ama, em primeiro lugar, a liberdade: libertando o seu povo da escravidão do Egito, conduzindo-o à terra prometida. Trata-se de um Deus que, respeitando a liberdade de cada um, nunca obriga diretamente o seu povo a um comportamento determinado, apensar de punir quem viola suas prescrições”*²¹⁰, como discorre Paulo Otero.

Ganha importância essa visão de mundo quando se trata de uma investigação que visa a analisar, neste primeiro momento, como evoluiu a ideia de solidariedade, qual o seu sentido como princípio da ordem jurídica, a quem, de que forma e em que limites ela vincula, ao ponto de destacar que os cristãos reconhecem a importância dos ensinamentos morais de Jesus, entre os quais, *o amor a Deus e ao próximo* (o amor de um pai em relação aos filhos e dos filhos em relação aos seus irmãos). Sendo ele da *mesma essência*, para a maioria dos cristãos, Jesus é completamente divino e completamente humano²¹¹. Os cristãos consideram a vida de Jesus - que veem como o Filho de Deus e que veio à Terra para libertar os seres humanos do pecado por meio de

²⁰⁹ Não é demasiado mencionar, a este ponto, apenas para melhor compreensão, que a maioria das denominações cristãs professa crer na Santíssima Trindade, é dizer, que Deus é um ser eterno que existe como três pessoas eternas, distintas e indivisíveis, quais sejam, o Pai, o Filho e o Espírito Santo (são a mesma essência) e o que difere tais doutrinas do monoteísmo judaico uma vez que no judaísmo não existem três pessoas da Divindade, há apenas um único Deus, e o Messias que virá ser um homem, descendente do Rei David.

²¹⁰ OTERO, Paulo, in *Instituições Políticas e Constitucionais*. V. I, Coimbra: Almedina, 2007, pp. 94 e s.

²¹¹ Aliás, esta foi a primeira discussão conceitual travada, segundo Fábio Konder Comparato (in *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2007, p.18), entre os doutores da Igreja. Ela não envolvia a condição humana de Jesus Cristo, mas, sim, a sua identidade. Assim é que, no primeiro Conselho Ecumênico, o Conselho de Nicéia (325 d.C.), onde fora proposto decidir essas duas posturas, ortodoxa ou heterodoxa, da identidade de Jesus, ou seja, a que o apresentava como possuidor de uma natureza exclusivamente divina e aquela que propunha ter ele sido gerado pelo pai, os Padres resolveram a controvérsia, decidindo como dogma de fé, que Jesus tinha uma *dupla natureza*, humana e divina, características reunidas numa única pessoa, ou, para usar uma expressão do referido autor, *“numa única aparência”*.

sua morte na cruz e da sua ressurreição (embora variem entre si quanto ao significado desta salvação e como ela se dará) - como um exemplo a seguir.

Ora, se os filhos de Deus são irmãos em Cristo e participam de sua mesma essência (daí advindo o seu fundamento para a igualdade)²¹², são iguais perante o Pai; e considerando Jesus um exemplo moral a ser seguido, então, deve haver uma preocupação moral dos seres humanos uns com os outros *nessa perspectiva de irmandade*, um sentido de construção conjunta, cooperação assaz importante para edificação de um sentido jurídico-político de solidariedade que aqui se evidencia em termos de isonomia, *de amor de amizade*, como visualizara Aristóteles, porém naquele momento histórico, estruturado em outras bases, porque, agora, fundamentado numa origem divina comum, mas, em qualquer caso, observe-se, vinculado à ideia de igualdade, de cooperação e de reciprocidade.

O Cristianismo valoriza corpo e alma e confere total relevância à vida - representativa do amor de Deus - e à liberdade - sem prejuízo de, pela noção de pecado, introduzir a ideia de responsabilidade pela desobediência-. Para os cristãos, a vida não é algo que se encontre na esfera de disponibilidade do poder político, tampouco de qualquer outro poder que não o divino.

E a própria libertação da escravidão traduz o reconhecimento da dignidade de um povo e de cada um, implicando o início de uma nova história, conforme profetizou João Paulo II.²¹³

Em sendo Jesus Cristo o herdeiro de Deus na terra, representando a humanização da divindade e ao mesmo tempo a divinização humanidade, verifica-se, aí, uma ruptura com o mundo antigo, e o nascimento de uma concepção de pessoa humana que deu uma nova configuração para a compreensão do estatuto jurídico do ser humano, em especial, no mundo ocidental.

É certo que a visão de mundo cristã longe esteve de ser algo uno ou uniforme; ao contrário, ela se caracterizou por pensamentos filosóficos heterogêneos desde suas ideias primeiras até a sua consolidação e propagação como *Doutrina Cristã*.

²¹² Com a morte e a suposta ressurreição de Jesus, os apóstolos, ditos as principais testemunhas da sua vida, reúnem-se numa comunidade religiosa composta essencialmente por judeus e centrada na cidade de Jerusalém. Nessa comunidade, eles praticavam a comunhão dos bens, celebravam a 'partilha do pão' em memória da última refeição tomada por Jesus, num ritual de comunhão, e administravam o batismo aos novos convertidos, como, por exemplo, Paulo de Tarso, um fariseu judeu que, após ter se convertido ao cristianismo, se tornou um dos maiores missionários, sendo o responsável, ele e seus cooperadores, por boa parte da escrita Novo Testamento.

²¹³ João Paulo II. *Carta Encíclica 'Evangelium Vitae'*, nº 31.

O Cristianismo primitivo, por exemplo, foi justamente caracterizado pela heterogeneidade de concepções. Ele não se ocupou com a ideia do *Direito* nem com a organização da sociedade. Seu objetivo era tão somente o de *atuar no âmbito da consciência humana*, por meio de princípios morais que intentava infundir em seus seguidores, naqueles que a ele se convertiam, mediante a evangelização.

Nele, nessa sua configuração primeira, não se identificava qualquer busca por reformas políticas e sociais; antes, um permanente confronto natural da nova religião, aliada à precisão de organização da sociedade cristã e da Igreja, que, num segundo momento, culminaram por influenciar intensamente não apenas o poder político como a compreensão de Estado e de Direito.²¹⁴

Isso se deve ao fato de que o surgimento do Cristianismo trouxe novas perspectivas às indagações filosóficas a ponto de lhe acarretar profundas mudanças subsequentes, oriundas de debates em torno da *liberdade* e a da *igualdade* entre os homens, da dignificação da mulher, do tratamento humano dos escravos²¹⁵, da apologia da união familiar, questões essas que, em um momento posterior, tiveram forte repercussão no campo das relações sociais, políticas e também jurídicas, mas não na sua conjuntura inicial.

Entretanto, a nova concepção de pessoa humana - que deu uma nova configuração para a compreensão do estatuto jurídico do ser humano, em especial no mundo ocidental da qual acima falamos -, em qualquer leitura cristã, decorre do reconhecimento de que, em sendo o homem criado por Deus e à sua imagem, cada pessoa humana carrega em si um valor sagrado, pelo simples fato de sê-lo. Por essa mesma razão, cada ser humano é

²¹⁴ A Doutrina, de um modo geral, aponta Paulo de Tarso, o São Paulo, como o verdadeiro fundador da Religião Cristã, a partir de sua pregação. Teria sido ele o grande responsável pela *mistificação* (e não profetizarão) de Jesus Cristo. Conforme lição de Fábio Konder Comparato (in *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2007, p.18), a partir de Paulo de Tarso, “passou a ser superada a ideia de que o Deus único e transcendente havia privilegiado um povo entre todos, escolhendo-o como seu único e definitivo herdeiro”. Algumas passagens dos Evangelhos, segundo o aludido autor, demonstram o inconformismo de Jesus com essa concepção nacionalista de religião. Seria São Paulo quem teria levado o universalismo evangélico às últimas consequências, ao sustentar que, ante uma filiação divina comum já não haveria nem judeu, nem grego, nem escravo, nem livre, nem homem, nem mulher, mas uma igualdade universal. Ao mesmo tempo, Fábio Kandir Comparato lembra que “essa igualdade universal dos filhos de Deus só valia, efetivamente, no plano sobrenatural, pois o cristianismo continuou admitindo, durante muitos séculos, a legitimidade da escravidão, a inferioridade natural da mulher em relação aos homens, bem como dos povos americanos, africanos e asiáticos colonizados, em relação aos colonizadores europeus” (op.cit., p.18), inclusive no que respeita aos indígenas, seguindo-se, mesmo no seu âmbito, a estratificação típica do pensamento platônico, no sentido de haver homens superiores em relação a outros. A igualdade evangélica era reservada ainda a um plano divino, a ideia platônica, talvez, travestida de divindade (uma ideia de natureza comum a todos os homens).

²¹⁵ Um princípio de justiça cujos traços já se podia inferir do próprio entendimento de Platão.

dotado de uma entidade exclusiva, única, irrepetível e distinta de todos os demais seres, e de uma dignidade que lhe é inerente em face de sua vocação eterna.

Com esses fundamentos (já não à base de participação), o Cristianismo vai reconhecer, em cada ser humano, a existência de um espaço de liberdade (já não só de pensamento), como um conjunto de direitos inatos que são inalienáveis, irrenunciáveis e inderrogáveis que impõem limites à atuação do poder político-jurídico ou qualquer poder privado, postura com a qual, como marco inicial, vai superar as divisões do mundo antigo e proclamar, pela igualdade (já que todos têm, perante Deus igual dignidade, superando a divisão clássica entre livres e escravos), a *universalidade desses direitos*.

A repercussão jurídico-política do Cristianismo ganhou relevo no âmbito da *Patrística*, um segundo momento da Era Cristã. Ela ocorre no período verificado entre os Séculos II e VI, e nasce justamente com a formação do *clero institucionalizado*, oriundo da proclamação do Cristianismo como a religião oficial do Império Romano.

O exponencial doutrinário da Patrística foi Santo Agostinho (354-430), cujo pensamento (influenciado, em alguma medida, pelas lições de Platão, pelo Estoicismo de Cícero²¹⁶ e de Sêneca), marcou acentuadamente tal período da filosofia da Idade Média Cristã.

Cuida-se de uma quadra da história que se constrói sob a filosofia dos Padres da Igreja, ou dos Santos Padres, dos primeiros séculos de nossa Era. Remonta a uma época em que a Teologia e a Filosofia, não obstante tivessem objetos formais diferentes, eram compreendidas como tendo, até certo ponto, ou seja, sob certos aspectos, objeto material comum, ambas edificadas sob um jusracionalismo divino.

A Filosofia Cristã já havia fornecido à Teologia os argumentos lógicos para explicar e defender os dogmas ou as verdades da *novel* religião oficial: o *Cristianismo*, segundo o qual Jesus é divino e, ao mesmo tempo pessoa²¹⁷ (conceito de pessoa firmado

²¹⁶ Marcus Túlio Cícero (106 a.C. - 43 a.C.), orador, advogado, político e filósofo cuja vida coincidiu com a queda do Império Romano. Cícero, em seus desenvolvimentos, situou a Política acima do estudo filosófico, compreendendo-o como valioso em si mesmo, porém, ainda mais valioso e funcionalizado, ou como um instrumental de uma ação política mais efetiva. No âmbito de nossa investigação, parece-nos oportuno referir apenas a sua obra *Diálogo sobre a Amizade*, que Cícero define como a mais suma e harmoniosa entre as coisas divinas e humanas, inclusive mais relevante que a benevolência e o amor. A amizade é o maior dom que os Deuses concederam (exceto a sabedoria) aos mortais. O amor é capaz de manter unido um pequeno grupo de pessoas, ao passo que a amizade mantém unido e coeso grandes grupos de pessoas (referindo-se aqui à comunidade).

²¹⁷ Conceito que sofre uma substancial alteração séculos após, com Boécio, que propõe uma redefinição de pessoa compreendendo-a como uma substância individual da natureza racional, questão à qual retomaremos na segunda parte deste estudo.

no Conselho de Niceia, mas que será substancialmente modificado pelos desenvolvimentos de Boécio no século VI).

Destaca-se, em meio a essas ideias, Aurélio Agostinho ou Santo Agostinho de Hipona (354-430), ou, simplesmente, Santo Agostinho, já mencionado, cuja doutrina deixou enorme contributo jurídico-político, pois foi o primeiro pensador político da Igreja e, para a esfera da Filosofia do Direito, sua primeira contribuição foi a de definir a *ordem* como a disposição de coisas iguais e desiguais, consubstanciada na ideia de *dar a cada um o seu lugar correspondente*, cujo fundamento parece estar no que Cícero havia definido como *justiça*, ou seja, *como a tendência da alma de dar a cada um o que é seu*, distinguindo, assim, a *lei eterna* da *lei natural*.

Santo Agostinho vê o homem como um *animal racional criado por Deus à sua imagem e semelhança*, muito embora mortal, e, dessa postura, extrai a *unidade* da espécie humana, postura que a doutrina²¹⁸, em geral, reputa como a *pré-história* da ideia de dignidade humana ou mesmo a sua primeira fundamentação²¹⁹, e que podemos, em certa leitura, compreender como um resgate da ideia de Parmênides em torno do “*Ser-Todo*” que, em Platão, significou uma explicação do mundo a partir de um primeiro princípio ordenador, que continha em si, o *uno*, a *alteridade/multiplicidade* e a *coerência*, onde identificamos uma justificação para um caráter naturalmente social do homem e a imanência da solidariedade decorrente de sua condição humana, uma sociabilidade intrínseca que faz do ser humano um ser individual e também social.

Deus, segundo Santo Agostinho, ao criar o homem à sua imagem e semelhança, dotou-lhe de razão e inteligência - que entende como o ponto de contato entre os homens e a deidade -. Isso não só o distingue como lhe confere uma superioridade em relação a todos os animais existentes, pois estes não são dotados desses mesmos atributos.

Na seara política, Santo Agostinho vai enfrentar a questão do Estado, da *civitas*, que é uma harmônica multidão de homens unidos por um vínculo de sociedade, e irá

²¹⁸ Nesse sentido é o magistério de Ingo Wolfgang Sarlet (in *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª ed., rev., e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.42 e s), ao elaborar uma análise dos direitos naturais do homem sob uma perspectiva histórica que, segundo o autor, “*desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem*”. Embora o autor ressalte que ainda subsista muita controvérsia em torno de onde, por que e como nasceram os direitos fundamentais, é assente não só que essa história está umbilicalmente ligada à própria história da limitação do poder, como acorde com o fato de que toda a doutrina greco-romana, estoica e cristã nos legaram a uma ideia de *unidade da humanidade* e de *igualdade de todos os homens*, igualdade que, no Cristianismo, se forma em torno de uma dignidade perante os cristãos e perante Deus.

²¹⁹ In OTERO, Paulo. In *Instituições Políticas e Constitucionais*, pp. 100-101.

preconizar que a comunidade política, cidade ou estado, *é a instituição de Direito Natural* que se forma pelo agrupamento de famílias, contribuindo, assim, para formar uma sociedade maior, a *comunidade da linhagem humana*, numa acepção de ordem universal, compreendendo a paz como fruto da tranquilidade da ordem.

Nesse contexto, a autoridade política decorre da autoridade familiar, e essa ideia ele irá extrair de textos do Antigo e do Novo Testamento, para afirmar que o poder do monarca provém do próprio Deus e que, em sua vontade, reside o poder soberano. Em sua doutrina, *justiça é equidade* que, a seu turno, implica igualdade. Na unidade em Deus, somos todos iguais.

E quando Santo Agostinho refere-se à “*igualdade*”, ele tem em mente que, enquanto sinônimo de equidade, ela significa “*identidade*”, mas não só com o sentido de *dar a cada um o seu lugar correspondente*, implicando, também, uma distinção pertinente às coisas. Considerando que essa distinção não se alcança se todas as coisas forem iguais, Santo Agostinho conclui que a *justiça* não é possível sem alguma disparidade e dessemelhança que se observam nas coisas. Logo, o que é justo não pode prescindir de um olhar sobre as semelhanças e as diferenças das coisas.

Com ele, não obstante, tais diferenças não legitimam, por exemplo, a escravidão, que, ao contrário do pensamento que marcou a Antiguidade Clássica, Santo Agostinho jamais concebeu como uma instituição natural: *quando Deus dotou o homem da capacidade de dominar os seres irracionais, não lhe conferiu nenhum poder para dominar os outros homens*. Nenhum homem é servo de outro e por essas razões, a escravidão tem origem no pecado e não na natureza.

No *De civitate Dei* (*A Cidade de Deus*)²²⁰, Santo Agostinho traz ao debate os assuntos que mais atormentaram o pensamento da humanidade e que lhe seguem infligindo tortura, como origem e substancialidade do bem e do mal, do pecado, das culpas, da morte, do Direito, da lei e das penas, do tempo e do espaço, da contingência e da necessidade, da Providência, da ação humana e do destino no desenvolvimento da História, em suma, do ser, do conhecer e do agir do homem, de Deus, da natureza e do espírito, da temporalidade, do eterno, da perenidade e dos ciclos cósmicos, da profecia e do mistério como argumento apologético, da pessoa, da cidade e da comunidade humana.

E nesse sentido, a sua obra traz uma importante contribuição para o Direito e para a Ciência Política, colocando em confronto (o vetusto jogo de opostos) dois conceitos

²²⁰ SANTO AGOSTINHO. *A Cidade de Deus*. Part. I, 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2012.

de Estado: o conceito helênico pagão (*a civitas terrena*) e o conceito cristão (*a civitas caelestis*), em que a cidade celeste tem, naturalmente, supremacia sobre a cidade terrena e a Igreja, por conseguinte, está em superioridade em relação ao Estado, na medida em que aquela se ocupa da vida eterna e este com coisas meramente mundanas (daí ainda seu apego à Teoria do Conhecimento segundo Platão).

A formação cristã e filosófica levou Santo Agostinho à busca da razão para justificar a crença, o que o conduziu a desenvolver a ideia de anterioridade de um *homem dotado de consciência moral e livre arbítrio*, e pregar que, antes do pecado original, a sociedade humana conheceu uma fase majestosa, de esplendor, acatando plenamente o Direito Natural (um Direito Natural divinizado). Era, na percepção do Teólogo, uma época dourada, em que todos os homens eram iguais, absolutamente puros, imortais e *fraternos*. E a *lei natural* nada mais era senão o reflexo da *lei divina*.²²¹

Mas, como resultado da queda da *Cidade de Deus*, em razão do “primeiro pecado”, surgiu a *Cidade Terrena*, onde o homem acaba por conhecer a miséria, a morte e o sofrimento. Tudo isso como responsabilidade pelo pecado (um ato de autonomia da vontade). Daí que o Direito, o Estado e suas instituições foram criados justamente em função dessa nova condição: o Estado tem por objetivo o de promover a paz; o Direito Positivo se funda, nos seus postulados filosóficos, na *lei eterna* que é a *Lei de Deus*.

Justiça, segundo o Teólogo, também é virtude, o *elemento que Santo Agostinho reputa essencial do Direito*, na medida em que, *onde não há verdadeira Justiça, também não poderá haver verdadeiro Direito*, do mesmo modo em que não concebe povo nem república sem que haja igualmente *justiça* (virtude que traduz como *dar a cada um o seu lugar correspondente; dar a cada um o que lhe pertence*)²²². Sem ela, os reinos não passam de grandes quadrilhas de ladrões, pois *não existe verdadeiro Estado sem justiça nos seus governos*, como tivemos a oportunidade de pontuar. As autoridades têm o dever de *justiça*, pena de se converterem em qualquer outra coisa (despótica), menos um Estado legítimo, pensamento que bem traduz, de modo inequívoco, a *justiça* como um elemento do próprio Direito, servindo-lhe, ademais, de critério de validade, ou seja, o Direito, para ser válido e, portanto, para efeitos vinculativos, deve necessariamente, realizar, em alguma expressão, o justo.

²²¹ Neste aspecto, retoma o pensamento estoico.

²²² Isso é o que determina a *lei eterna*, “a primeira teorização cristã do valor da justiça como fundamento e fim da ação do Estado”, na visão de Paulo Otero (in *Instituições Políticas e Constitucionais*, pp.115 e s).

Já na obra *As Confissões*, Santo Agostinho irá sustentar que a verdadeira *justiça* interior não adota o costume como parâmetro, mas a *lei divina*, e só ela seria a fonte legítima de todos os costumes, porque a *Lei de Deus* é universal e imutável, ao revés das *leis humanas* (ou terrenas) que se sujeitam a variações de épocas e lugares. A *lei humana* não passa de uma *adaptação*, isto é, constitui a própria *lei eterna* conformada pelo legislador à realidade concreta. Seu objetivo, contudo, é - e continua sendo - a ordem, e esta consiste, mesmo aí, em dispor sobre as coisas iguais e desiguais, dando-se a cada uma o lugar que lhe corresponde.

É, por tudo, em Deus - *o todo poderoso* -, e no respeito a ele, que se acha o fundamento último da liberdade humana, do livre arbítrio que Agostinho sempre defendeu, acreditando que essa liberdade também constitui uma dádiva divina. Deus conhece antecipadamente todos os acontecimentos e, podendo neles interferir, deixa o homem agir segundo sua vontade. Por conseguinte, mesmo na insurgência contra o Deus cristão, o homem age de acordo com a *lei divina*, já que a liberdade nela encontra o seu alicerce.

Portanto, o fundamento último da liberdade humana, não obstante a sua valorização, como do livre arbítrio, em Santo Agostinho, ainda se encontra no respeito a Deus, e não no homem em si.

Julgamos que o maior contributo trazido por Santo Agostinho na temática investigada resulta de sua compreensão da *Justiça como elemento constitutivo do Direito*, e o reconhecimento de que, *onde não houver verdadeira Justiça, também não poderá haver verdadeiro Direito*. Resta em aberto saber se a solidariedade é uma exigência da *Justiça* ou uma de suas concretizações, temática que abordaremos em momento oportuno.

Mas as contribuições do pensamento cristão em torno da ideia de solidariedade vão além da visão agostiniana. Elas também repousam no pensamento de Anseio Boécio (480 - 524 ou 525), filósofo, teólogo e estadista romano (em 510, foi Senador de Roma; em 520, foi promovido a Cônsul), e nos desenvolvimentos teóricos de Isidoro de Sevilha (570 - 636, período visigótico), outro nome que merece referência nessa investigação.

Depois que o Império Romano cai nas mãos dos bárbaros, por volta do ano 476, a única organização europeia caudatária da unidade romana era a Igreja Católica, que impulsionou a formação, de modo gradual, da República Cristã, abrindo espaço para a

ingerência política do Papa²²³, circunstância que não impressiona, porque o período era totalmente permeado pela intromissão do pensamento clerical em todos os setores da vida, seja política, seja cultural ou educacional e, evidentemente, nas crenças e superstições.

Nesse contexto, Anício Mânlio Torquato Severino Boécio ou, simplesmente, Boécio, elabora, no início do século VI, um novo conceito de pessoa, com ele acarretando toda uma discussão do dogma firmado no Conselho de Nicéia, em 325.

É que os Estoicos, para explicar a unidade substancial do ser humano, distinta da aparência corporal, ou das atividades que cada qual exerce na sociedade, lançaram mão dos conceitos de *hypóstasis* e de *prósopon*. Enquanto *hypóstasis* significava o substrato ou o suporte individual de algo, *prósopon* equivalia a um papel, uma aparência, como uma máscara, um personagem.

Aí reside a inovação de Boécio, identificando, de certo modo, *hypóstasi* e *prósopon*, construção que conduziu a pensar a pessoa não como uma aparência, uma exterioridade, uma máscara de teatro, mas como “*a própria substância do homem, no sentido aristotélico*”²²⁴, é dizer, a forma (podemos aqui imaginar a forma do bolo) que molda ou conforma a matéria e que dá ao ser de determinado ente individual as características de permanência e invariabilidade, já que a substância é a característica própria de um ser, aquilo que faz o ente ser o que é; que não pode ser diferente, redefinição que foi integralmente acolhida na Escolástica, por São Tomás de Aquino, para dizer que *o homem é pessoa* e é, portanto, *um composto de substância espiritual e corporal*.

A partir dessa rediscussão do conceito de pessoa - um conceito eminentemente cristão -, travada no Medievo, é que se inaugurou uma fase de reconhecimento de um princípio que é essencial não só à ideia de ser humano, mas, também, essencial à ideia de solidariedade: o princípio da igualdade essencial de todo o ser humano, independente de todas as diferenças individuais e grupais que os seres humanos entre si possam ter, sejam elas de natureza biológica, social ou cultural.

É justamente essa ideia de igualdade essencial da pessoa que, na lição de Fábio Konder Comparato²²⁵, irá formar o núcleo do conceito universal de direitos humanos,

²²³ O que não deixa de ter uma versão pós-moderna e atual, na medida em que o Papa, a parte de Chefe da Igreja Católica, como *Sumo Pontífice*, é, ao mesmo tempo, Chefe de Estado, na sua atuação à frente do Estado do Vaticano.

²²⁴ Conforme Fábio Kandir Comparado (in *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2007, p.20).

²²⁵ In *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2007, p.20.

contemplando a ideia de direitos comuns a toda a espécie humana, em todo homem enquanto homem; direitos que, bem por isso, resultam de sua natureza e que, em decorrência, independem de criação ou convenção política.

Nesse ambiente também desponta, como antes mencionado, Isidoro de Sevilha²²⁶, que escreveu uma obra enciclopédica, e muitas outras obras, denominada *Etimologias*²²⁷, cujos estudos jurídicos influenciaram São Tomás de Aquino²²⁸. Pelo seu caráter romanístico e também sob a influência da cultura grega, ela contribuiu sobremaneira para a recepção do Direito Romano na Idade Média, em especial, na Espanha.

A lei, segundo o *Bispo de Sevilha*, deve possuir os seguintes predicados (ou seja, juízos de valor): honestidade, justiça, possibilidade, adequação à natureza e aos costumes, conveniência no tempo, necessidade, clareza e utilidade, além de se aplicar à comunidade como um todo e não apenas a alguns indivíduos particulares (generalidade). Essa concepção de lei inclui aspectos éticos, técnicos, sociológicos e filosóficos.

Em Isidoro de Sevilha, iremos encontrar importante contribuição para uma rediscussão da problemática da “personalidade”, discussão que até hoje enseja acirradas alterações jusfundamentais acadêmicas, doutrinárias e jurisprudências, justamente pela sua imbricação moral, ética e religiosa, no que tange a estabelecer o marco inicial vida²²⁹ e a aquisição da condição de pessoa. É que o Bispo de Sevilha fundamenta nos átomos a constituição de todos os corpos que há no mundo e situa em Deus a origem de todas as coisas que existem na natureza.

²²⁶ Foi o escolhido pelo Papa João Paulo II como patrono da rede mundial e protetor dos internautas, *géis*, programadores e congêneres. Informação extraída no endereço eletrônico <http://www.superdownloads.blog.br/superdownloads/seguranca/santo-isidoro-de-sevilha-padroeiro-dos-internautas-programadores-e-geeks/>, acesso em 09-01-2013.

²²⁷ Não por mera erudição, mas por nela ver uma forma determinada ou uma concepção de filosofar do homem e da linguagem. Tinha convicção de que a denominação e a origem das palavras podiam conter em si mesmas informações sobre a própria realidade referida.

²²⁸ São Tomás de Aquino, observador da sabedoria da linguagem comum, citava muito Isidoro de Sevilha, inclusive se valendo dos seus procedimentos etimológicos. Tanto é assim que em sua *Suma Teológica*, o Teólogo começa o tratado sobre a principal das virtudes cardeais em seus ensinamentos, qual seja, a prudência, afirmando: “*ut Isidoro disse, pudins*” que, traduzido do Latim significa “como diz Isidoro, prudente ...”.

²²⁹ A questão nos remete a perquirir sobre o regime jurídico do nascituro que o Direito Civil Brasileiro e também o Português, não obstante sistemas jurídicos sedimentados sobre o primado da dignidade da pessoa humana, ainda parece tratar como pertencente ao regime das coisas, na medida em que confere personalidade jurídica ao ser humano apenas mediante o nascimento com vida. Exemplo desse debate foi justamente o enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal, Órgão de Cúpula do Poder Judiciário brasileiro e Corte Constitucional por excelência, por ocasião de enfrentar a possibilidade de aborto do anencéfalo.

Considera, também, que, entre o homem e a mulher, há uma diferença constitutiva de força e de debilidade do corpo e, a parte de proceder em sua teorização, a uma descrição minudente do ser humano, Isidoro acaba apontando para a existência de um homem interior, representado pela alma, e de um homem exterior, representado pelo corpo, sustentando que a *alma existe antes do corpo*, chegando ao ponto de estabelecer a característica temporal dessa preexistência que situa nos quarenta dias posteriores à concepção, pois só aí o corpo inteiro do feto (que já tem alma) estará inteiramente formado. Logo, mesmo antes do corpo inteiro, já há vida intrauterina. A alma já existe. Decorre dessa postura que o nascituro é pessoa e não pertencente ao regime das coisas. Por ser pessoa humana, é dotado de todos os direitos inatos a ela reconhecidos, com as características de inviolabilidade, insubstituibilidade, irrenunciável por vontade de qualquer poder privado ou poder político.

Em relação ao Direito, compreendido com a função de promover a harmonia na sociedade, Isidoro distingue seis classes: Direito Público (aplicável aos magistrados e aos sacerdotes); Direito Quiritário (próprio dos cidadãos romanos); Direito Natural (comum a todas as nações, um *jus gentium*, aplicável a todos os povos em todos os tempos; um justo, fundado no instinto humano e inerente à razão dos homens); Direito Civil ou Positivo (o particular de cada povo e destinado à regência interna); Direito das Gentes (reúne normas sobre a guerra, a paz, a diplomacia etc., valendo o registro de que Isidoro admitia que a força fosse repelida com a força).

Para o Bispo de Sevilha, a *justiça* e a *piedade* são as principais virtudes régias e a *lei escrita* é dotada de valor porque fundada na razão e deve, portanto estar de acordo com a religião, não podendo intentar benefícios particulares, devendo buscar a promoção do “*bem comum*” de todos os cidadãos. Isidoro parece situar a solidariedade vinculada à *piedade*, uma virtude cristã diversa da *justiça*, embora ambas estejam sob a regência da Lei de Deus.

O *Cristianismo* encontra seu último momento, no Medievo, com a *Escolástica*, movimento verificado entre os séculos IX e XIV, e que pretendia usar os conhecimentos greco-romanos para entender e explicar as relações dessa religião oficial, especialmente num contexto histórico em que a Igreja se reservava o papel essencial de conduzir os seres humanos à salvação.

Voltam-se, aí, os pensamentos às ideias de Platão (essas já bem presentes no ideário de Santo Agostinho), mas, principalmente, às de Aristóteles, justamente quando

teólogos e filósofos se preocupam em provar a existência da alma humana, bem como a própria existência de Deus.

Um de seus expoentes foi São Tomás de Aquino (1225-1274 d.C.) que buscou conciliar a filosofia aristotélica com os dogmas religiosos por acreditar, vivamente, que razão e fé podem coexistir e se conciliar perfeitamente, investindo-se, não só nesse terreno arenoso, mas, também, procedendo a reflexões profundas em torno do estatuto da pessoa humana, que irão se projetar sobre as ideias de “bem comum”, de poder, de Estado e, por conseguinte, de Direito e de Política.

Assim como Aristóteles negou a existência do mundo dual pensado por Platão, São Tomás de Aquino, buscando consolidar e sistematizar a até então incipiente *Doutrina Católica*, não concebe uma realidade ou uma verdade teológica e outra filosófica.

A verdade revelada deve servir de critério para a verdade da razão: fé e razão podem ser conciliadas e a razão é o instrumento, o meio, para se entender a fé. Em boa verdade, o pensamento tomista procura sincretizar diferentes concepções, aliando o aristotelismo ao cristianismo, agregando, ainda, elementos do Direito Romano que era a experiência jurídica de maior relevo da época.

Concernente ao estatuto da pessoa, São Tomás de Aquino reconhece que o aludido termo pessoa expresse em si algo *absoluto*; porém, também admite que ele traz em si, intrinsecamente, um sentido de *relação*, comungando com a concepção aristotélica em torno da natureza social do homem.

Na perspectiva aquinatense, cada pessoa é dotada de uma substancialidade, de uma individualidade, de uma singularidade e de uma racionalidade, características essas que a tornam distinta de todos os demais seres humanos e que existe independente deles. É o que existe de mais perfeito criado por Deus, daí a superioridade do homem em relação às demais criaturas que na natureza existem.

Na lição de São Tomás de Aquino, o homem resulta de um composto entre corpo e alma, composição em que o Filósofo defende a existência de um homem exterior, representado pelo corpo (e sua parte sensitiva); e a alma, representando o homem interior, onde repousa o fundamento de seu intelecto.

Considerando que o homem é criação de Deus, a parte externa, o corpo, por natureza, corrompe-se, se degenera e morre; já ao contrário, a parte interior, intelectual, a alma, esta é incorruptível e, por isso, imortal.

Nesse contexto, em sua *Suma Teológica*, São Tomás de Aquino vai dizer que o homem surge dotado de uma natureza, tanto inconfundível como incomunicável,

decorrente do fato de cada homem possuir, ao mesmo tempo, uma racionalidade e uma vontade livre que, identificando-a como livre arbítrio²³⁰, irá configurar o núcleo da sua qualificação como *pessoa*, daí, também, se extraindo o seu papel de sujeito ativo na seara da ordem do universo, em que pese predestinado por Deus (sua causa primeira), por um ato de amor.

E dessa composição entre alma e corpo, sendo ele dotado de livre arbítrio, o homem é, ao mesmo tempo, titular de qualidades naturais e adquiridas, ou seja, também é produto de suas escolhas, sendo, por corolário lógico, igualmente protagonista de sua história e de sua própria ordem no universo. É, aliás, um colaborador na construção do universo, por outorga divina.

Da postura de preconizar Deus como criador do homem à sua imagem e semelhança não se vá inferir que a criatura é igual a Deus, porque o original é infinitamente superior à réplica: a imagem de Deus impressa na mente do homem não é perfeita, tratando-se de mera semelhança.

Dessa unidade entre criatura e Deus, São Tomás de Aquino conclui que somente a Deus o homem está subordinado; também que todos os outros seres não humanos e coisas, Deus os criou para o homem; ainda, que somente em Deus o homem encontra sua verdadeira felicidade.

Muito embora essa postura humanista, curiosamente sob influência de Aristóteles, São Tomás de Aquino aceita a escravidão, admitindo que um homem possa dominar outro homem, ou seja, que um ser humano possa usar outro ser humano para utilidade própria, funcionalizando-o, estando na esfera de liberdade do outro aceitar uma tal situação. E justifica essa postura porque entende que a escravidão afeta somente o corpo (corruptível), sem chegar a afetar a alma imortal, que permanece livre. Mais curioso, nesse contexto, é observar que o Filósofo, sem embargo desse entendimento que se reputa a antítese das ideias de pessoa humana e inviolável dignidade, São Tomás de Aquino ensaia, ainda que de forma incipiente, um princípio de igualdade entre homem e mulher (esta extraída da costela de Adão), dizendo que, entre eles, deve existir uma união social e uma regra de mútuo respeito, seguindo a lógica de que Deus é o criador de ambos.

Por outro lado - e, nesse aspecto, configurando algo de extrema relevância a ser adiante analisado para os fins dessa investigação, São Tomás de Aquino tem o mérito de

²³⁰ São Tomás de Aquino, no contexto dessa autonomia da vontade, não legitima, por exemplo, o suicídio, na medida em que a vida é, a seu ver, um dom divino conferido ao homem que só por Deus pode ser retirado.

introduzir uma postura conciliadora, é dizer, superadora da dicotomia individualismo/personalismo e o universalismo/transpersonalismo, porque o seu fim último já não é o fim do indivíduo, mas está, antes, subordinado ao “*bem comum*”. Isso se justifica, na filosofia tomista, como assinala Paulo Otero²³¹, porque, na perspectiva de que o ser humano é um ser social por natureza, ele é, também, parte da sociedade, sem embargo de ser pessoa e, enquanto tal, dotado de individualidade e de racionalidade que lhe são próprias e que, ao escólio do autor, são condições em que ele transcende a própria sociedade enquanto detentor decorrente da posição de participar na ordem do universo, subordinando-se somente a Deus, a quem deve irrestrita odediência.

No âmbito político, São Tomás de Aquino será, assim, um fervoroso defensor de um modelo de Estado orientado à garantia do “*bem comum*” da sociedade - matéria que será objeto de desenvolvimentos próprios ulteriores -, se lhe impondo um agir tal qual um pai, governando para o *bem comum* de toda a sociedade, imbuído de uma missão ética de valorização da liberdade e dignidade do homem, cumprindo, assim, ao Estado, nos bens humanos materiais ligados ao corpo, definir o que seja o tal “*bem comum*”, e à Igreja, defini-lo no tocante aos bens sobrenaturais, ligados à alma.

Nesse modelo político, vinculando a atuação do poder estatal ao bem comum da sociedade, se a atuação política se afastar desse mandamento e se enveredar para um obrar em prol do interesse privado, ainda que configuradas situações de excessos intoleráveis de tirania, mesmo aí, não admite iniciativas privadas para matar o tirano. Por outro lado, em certa interpretação, admitem-se os direitos de resistência e de desobediência no propósito de destituição do poder despótico, como a possibilidade de aplicação, por uma autoridade pública, da pena de morte ao opressor.²³²

O que importa disso reter é que, na filosofia tomista, admite-se, excepcionalmente, por meio de autoridade pública, a possibilidade de desobediência à ordenação de coisas injustas por um governante usurpador de seu dever de atuar na busca do “*bem comum*”, porque se torna ilegítimo, ressalva feita a casos excepcionais, para evitar escândalo ou impedir o perigo (reconhecendo-se, aqui, a incidência do princípio da proporcionalidade, à medida que, do incumprimento da lei humana, não pode resultar dano superior à sua obediência).

Disso, retira-se, ao menos à partida - considerando que a lei humana deve traduzir uma ordem cujo objetivo seja a utilidade e o *bem comum* - um reconhecimento geral de

²³¹ In *Instituições Políticas e Constitucionais*, p.109.

²³² AQUINO, São Tomás. *La Monarquia*. Livro um, AP. 3 a 6.

desobediência das leis injustas, que contrariem o *bem comum* e também a lei divina. A lei humana tem caráter de lei quando conformar a razão reta, motivo pelo qual, em situações de seu desvirtuamento, por exceção, se admite a destituição do poder despótico, e sua desobediência; já a lei divina, essa jamais se reconhece como lícito desobedecê-la (porque eterna, imutável e irrevogável).

Por isso, Paulo Otero²³³ vai reputar São Tomás de Aquino, neste aspecto, como um predecessor da Modernidade ao reconhecer um direito geral dos governados contra atuações injustas dos governantes, preconizando que o poder tem em si uma vinculação teleológica quanto aos seus fins, afirmando, categoricamente, que tais fins constituem a perseguição do *bem comum* de toda a coletividade. Ainda, que, nesse contexto, entende que o homem não fica reduzido a uma simples engrenagem do Estado, gozando, ao contrário, de certa autonomia frente ao poder, na medida em que, numa concepção adequada de humanidade, o ser humano não pode ser esmagado nem absorvido pelo Estado.

Importante, ainda, é anotar, que, com São Tomás de Aquino, a Teoria da Justiça de Aristóteles é retomada e ampliada. É retomada porque, tal qual a filosofia aristotélica, também os referenciais teóricos são construídos com base na ética; a *justiça* é, igualmente, percebida como *virtude*, aquela disposição da alma que leva os homens a perseguir o justo e a evitar o injusto.

Sob a influência da jurisprudência romana, São Tomás de Aquino, em sua *Suma Teológica*²³⁴ antes referida, irá definir *justiça* como o perene sentimento humano que manda dar a cada um o que é seu (*suum*), segundo uma igualdade proporcional.

O conceito de *justiça*, portanto, nas lições de São Tomás de Aquino, tem natureza ética e sua concretização irá depender, por corolário lógico, *do bom agir humano, da prática habitual de uma conduta social informada por virtudes morais*, emergindo daí a necessidade de cada homem se conduzir segundo os mandamentos da boa ação, mandamentos estes que não se circunscrevem aos ditados pelos humanos, mas, também, os divinos, pois só assim ele será capaz de alcançar uma vida justa e os correspondentes benefícios.

E a teoria aristotélica é expandida por São Tomás de Aquino porque este acaba renominando a *Justiça Geral* (aquela em cujo bojo compreende as leis comuns, variáveis, aplicáveis segundo os povos e os tempos) com a designação de *Justiça Legal*.

²³³ In *Instituições Políticas e Constitucionais*, p. 113.

²³⁴ AQUINO, São Tomás. *Suma Teológica*. Trad. Alexandre Corrêa. Segunda Parte, Ed.Bilíngue. Porto Alegre/Caxias do Sul. Livraria Sulina, 1980, q.LVIII, art.XI.

Mas não se trata aqui de uma mera reformulação terminológica: o pensador aquinatense, a exemplo do Filósofo de Estagira, também irá distinguir uma *Justiça Geral* de uma *Justiça Particular*; contudo, este irá desenvolvê-la segundo a ética cristã, não propriamente com fundamento na ambiguidade do termo *dikáion*, como fez Aristóteles, porém, com fundamento em razões de ordem concreta, relacionadas às benesses dos *deveres da justiça*.

A *Justiça Legal* tem como *sujeito passivo toda a comunidade*, ou seja, no pensamento tomista, cada um dos indivíduos integrantes da sociedade politicamente organizada seria beneficiário dessa modalidade de *Justiça* (legal), nesse âmbito considerando-se apenas a condição de concidadãos. A *Justiça Legal* visa ao bem de todos, é dizer, ao *bem comum*, ao bem de todos os membros da comunidade. O Estado é por ele compreendido como uma comunhão ética de cidadãos.

A doutrina de São Tomás de Aquino, preconizando a *impossibilidade de se tomar a sociedade como um ente autônomo e superior ao conjunto dos indivíduos que a integram*²³⁵, assumiu expressivo relevo ao considerar, no desenvolvimento de suas ideias, o *bem social*, perspectiva que nunca mais foi abandonada e está no âmago dos conceitos de *Justiça Social* e de *Justiça Distributiva* e são, portanto, de uma atualidade inquestionável, como de efetivação da solidariedade.

Nesse quadro, o fim último das ações legalmente justas, qual seja, o *bem comum*, na filosofia tomista, não pode ser visto como o bem do todo social, compreendido isoladamente em termos supraindividuais, mas, necessariamente, como o *bem de todos os indivíduos*, pela simples condição de serem integrantes da sociedade política.

Nesse diapasão, se a *Justiça Legal* tem por objeto imediato o *bem comum*, seu objeto mediato é o bem de cada indivíduo e, ao mesmo tempo, de todos os membros de uma sociedade politicamente constituída exclusivamente por essa condição. Enquanto forma mais completa de *Justiça*, ela somente se realizará com a *felicidade* de cada um e de todos, de modo concomitante.

A *Justiça Legal* reclama a *felicidade* de todos (diferentemente da felicidade do todo) e não se poderia compreendê-la sem que todos estivessem dotados de bens, como de condições materiais e imateriais, indispensáveis para o desenvolvimento de suas potencialidades.

Para lograr esse objetivo, a *Justiça Legal* reclama de todos os indivíduos estrita observância e obediência às *virtudes morais* que, na esteira do pensamento aristotélico,

²³⁵ Uma ficção jurídica acima dos homens, segundo as diversas teorias contratualistas.

e também na postura tomista, devem estar prescritas em leis (que, por isso, são justas *a priori*, evidenciando, em sua doutrina, uma imbricação de Moral e Direito, como já defendia Aristóteles).

Aliás, o reconhecimento de uma igualdade essencial da pessoa, uma igualdade de todos os homens, conduziu os escolásticos, bem assim aos canonistas medievais, a extraírem dessa realidade a seguinte conclusão que Fabio Konder Comparato²³⁶ reputa as bases de um juízo de constitucionalidade que ali estava inscrito antes mesmo dele existir formalmente como tal: *a ideia de que todas as leis contrárias ao Direito Natural não teriam vigência ou força jurídica*.

É esse o entendimento que se infere do pensamento de São Tomás de Aquino, na medida em que, no ideário tomista, a igualdade substancial é basilar entre os indivíduos e essa constitui a premissa fundamental de sua compreensão em torno da *Justiça Legal*.

Em decorrência, em especial aos efeitos de verificar o sentido, mais adiante, espaciotemporal da solidariedade, é importante que se firme a ideia de que, em São Tomás de Aquino, subsiste a noção de que *todas as pessoas estão em situação de débito para com todas as demais*, isso em decorrência do fato de as normas jurídicas, por conterem prescrições de virtudes, serem intrinsecamente justas, à partida, o que permite inferir, nos desenvolvimentos do aquinatense, a exigência, *a priori*, de um tratamento materialmente igualitário de todos os seres humanos, porquanto *todos os integrantes da sociedade são sujeitos de direitos e obrigações* (ideias de liberdade e de responsabilidade).

Chegamos aqui em um ponto crucial de nosso desenvolvimento no processo de afirmação histórica do princípio da solidariedade: em São Tomás de Aquino, a condição de pessoa, enquanto seja esta uma unidade substancial de espírito e corpo, um ente social por natureza, isso lhe impõe deveres para com a sociedade ou, se preferir, para com os outros, o que independe de qualquer construção política.

Mas o Filósofo perfila o entendimento de que a *Justiça Legal*, ínsita das normas jurídicas, não seria apta a realizar a *felicidade plena*, pois esta não se aperfeiçoaria na vida terrena, na medida em que o completo desenvolvimento da felicidade somente poderia se dar depois da morte, junto de Deus e, neste aspecto, São Tomás de Aquino se aproxima da Metafísica platônica e do próprio Estoicismo (que enxergavam a verdadeira liberdade na morte).

²³⁶ In *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2007, p.20.

Por outro lado, de modo inequívoco, a doutrina tomista teve o êxito de humanizar a *Teoria da Justiça* aristotélica, pois, a partir de São Tomás de Aquino, essa teoria, em maior ou menor grau, ainda que não perfeitamente adequada a um humanismo integral, estará atrelada aos valores cristãos de *caridade* e de *amor aos semelhantes*²³⁷, por algo que nos toca, que nos faz nos colocarmos no lugar do outro em função dessa igualdade substancial (a natureza humana, como, adiante, imaginou David Hume).

Tal postura, arraigada na religião e sob uma perspectiva divina, constitui uma boa leitura - embora não a consideremos o fundamento último - da solidariedade, na doutrina tomista, pois, por conta da irmandade e da unidade substancial, ainda que em torno de uma divindade, como acima se afirmou, *todas as pessoas estão em situação de débito para com todas as demais e todos os integrantes da sociedade são sujeitos de deveres*, e isso será determinante na sua compreensão de uma expressão da *Justiça* e das próprias normas jurídicas (das leis humanas), eis que, enquanto normas positivas, sua contrariedade com as leis eclesiásticas ou com o Direito Natural acarretara, fatalmente, sua exclusão total do mundo jurídico.

Com efeito, influenciado também por Santo Agostinho, São Tomás de Aquino elenca três distintas acepções do vocábulo *lei*, de forma decrescente, em termos de importância e abrangência, acepções essas que irão conduzir a diferentes leituras de *Justiça Legal: a lei eterna, a lei natural e a lei humana*.

A *lex aeterna*²³⁸, nos desenvolvimentos tomista, é a própria *razão divina* no governo do universo. A eternidade da lei reflete a própria natureza não temporária dessa razão. E o fim colimado pela *lei eterna* é Deus. Ela deriva diretamente do Deus cristão e tem por escopo reger a ordem suprema do cosmo, conforme a vontade dessa mesma deidade. São imutáveis, superiores e universais, e não têm por objeto todos os aspectos particulares do universo; porém, em contrapartida, elas intentam fornecer *as diretrizes fundamentais para todas as demais relações existentes*, ou seja, elas irão moldar as demais espécies de leis. É indispensável que toda *lei natural*, e também a *lei humana*, seguindo a reta razão, se pautem pela *lei eterna* que, destarte, não pode ser conhecida por todos, mas só por alguns poucos bem-aventurados (*in casu*, o Clero).

No ideário tomista, contudo, no âmbito da *lei eterna*, não se pode falar propriamente numa verdadeira *Justiça*, dado que o próprio termo *Justiça* pressupõe uma relação de *paridade* entre os sujeitos envolvidos e não há falar na existência de qualquer

²³⁷ CASTILHO, Ricardo, in *Justiça Social e Distributiva*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.26.

²³⁸ AQUINO, São Tomás. *Suma Teológica*. Tradução de Alexandre Corrêa. Segunda Parte, Ed.Bilíngue. Porto Alegre/Caxias do Sul: Livraria Sulina, 1980, q.LVII, art. II.

ser em todo o universo que possa se afirmar numa relação equânime com Deus, o que iria de encontro a todos os postulados da doutrina cristã. Na *lei eterna*, inexistente o *jus*, mas tão somente o *faz* (o sagrado).

A *lei natural*²³⁹, por sua vez, caracteriza-se por uma espécie de participação da criatura racional na *lei eterna*. É um reflexo parcial da *razão divina*, que permite aos homens conhecer princípios ditados pelo Deus cristão. A *lei natural* manda observar o bem e evitar a prática do mal. Este é seu preceito básico, e o “*bem*” e o “*justo*” correspondem às inclinações naturais da criatura humana. Justo, a seu turno, é tudo o que não contraria a *lei natural*. Estariam de acordo com a *lei natural*, por exemplo: a) a conservação da vida; b) a união dos seres para a formação da prole; c) a busca da verdade; d) a participação na vida social, sem prejuízo de outros exemplos.

A *lex naturalis* possui princípios fundamentais imutáveis e princípios secundários que podem ser alterados pela atuação humana. Ela é, segundo a filosofia tomista, uma concretização da *lei eterna* aplicada a toda a natureza e, como enfatiza Ricardo Castilho, ela se apresenta reificada pela participação da razão humana²⁴⁰. A *lei eterna* é particularizada na *lei natural* e esta se aplica a um âmbito mais reduzido, sendo, nesse sentido, formada por imperativos menos abstratos, exigindo, de outra banda, um componente humano, porque a *lei natural* é também formada pela apreensão e pela integração da racionalidade dos homens.

Esse componente natural de que a *lex naturalis* é formada acarreta, no pensamento tomista, que tal lei não seja compreendida como completamente imutável, o que vislumbra em função do caráter inconstante da razão humana, decorrente da evolução das ideias e das crenças. Desse modo, havendo alteração na integração da razão na *lei natural*, ou na maneira de interpretar as relações de causalidade naturais, restará modificado o conteúdo da *Justiça Natural*, estruturada na *lei natural*. Considerando, então, a *lei natural* segundo essa variabilidade, desde que aplicada exclusivamente nas relações humanas, ela dará origem à *lei humana* ou a *lei das gentes*.

A *lei humana*²⁴¹, no pensamento do Aquinatense, engloba as normas políticas que regem as relações concretas e específicas de uma sociedade política organizada. Ela tem cunho convencional, seguindo a vontade do legislador, *mas essa vontade não é de todo*

²³⁹ AQUINO, São Tomás. *Suma Teológica*. Tradução de Alexandre Corrêa. Segunda Parte, Ed. Bilíngue. Porto Alegre/Caxias do Sul: Livraria Sulina, 1980, q. LVII, art. III.

²⁴⁰ CASTILHO, Ricardo, in *Justiça Social e Distributiva*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.27.

²⁴¹ AQUINO, São Tomás. *Suma Teológica*. Tradução de Alexandre Corrêa. Segunda Parte, Ed. Bilíngue. Porto Alegre/Caxias do Sul. Livraria Sulina, 1980, q. LVII, art. III.

livre - sublinhe-se - e nem pode ser totalmente arbitrária, pois a *Justiça Legal* se submete à moralidade da *Justiça*, segundo a *lei natural* que, a seu turno, está vinculada à racionalidade da *lei eterna* que lhe dá as diretrizes. No pensamento de São Tomás de Aquino, gize-se, também o homem não é totalmente livre na produção do Direito e na criação do Direito posto, nos exatos moldes já abordados em linhas anteriores.

Logo, normas jurídicas ou leis de índole humana estão condicionadas pela observância da *lei natural* (orientada pela *Lei Divina*). Veja-se que há aqui uma importante diferença a destacar: enquanto em Aristóteles a *Justiça Geral* se limitava à noção de lei da *pólis*, na *Justiça Legal* de São Tomás de Aquino encontraremos uma exigência ou obrigação de adequação das prescrições da lei política aos mandamentos da *lei natural*, notadamente quanto à vinculação do poder político ao “bem comum”.

Para além dos apontamentos já realizados, importa renovar que eventual inadequação entre a *lei humana* - e Juarez Freitas²⁴² nos lembra que ela, na visão tomista, “*não proibia todos os vícios dos quais se abstêm os virtuosos, senão somente os mais graves*” -, e a *lei natural*, tal não legitima, como acima referimos, o descumprimento das normas jurídicas. Neste ponto, o Filósofo demonstra certo resquício do pensamento socrático, rechaçando a ideia de desobediência ou resistência ao cumprimento de uma lei humana injusta em prol de um resguardo social e da supremacia do interesse público sobre o individual.

O indivíduo, em última instância, somente estaria autorizado a descumprir uma *lei humana* se ela afrontasse diretamente uma *lei eterna*. Ademais, as leis humanas que contrariem a *lei eterna*, como já dito, não devem ser obedecidas, pois se exige obediência antes a Deus do que aos homens.

A *lei humana* é o “*ordenamento da razão que visa ao bem comum, promulgado pelo chefe da comunidade*”. Seu fim é a paz entre os homens. A *lei humana* não se destina às pessoas inclinadas, por dom divino, à virtude, mas aos que possuem tendência para o vício. A estes, é necessária a *coação* pela *força* e pelo *medo*. Logo, São Tomás de Aquino não fala em descumprir por descumprir, nem em fazê-lo senão por via de uma autoridade no objetivo de restabelecer o interesse público e a ordem social.

Há que se registrar, ainda, que São Tomás de Aquino vê nas Escrituras Sagradas uma *Lex Divina*, com função complementar aos preceitos gerais e abstratos das leis eterna e natural. A bíblia, aliás, no Medievo, exerce influência máxima, e passa a ser o

²⁴² In *A Substancial Inconstitucionalidade da Lei Injusta*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1989, p.18.

repositório inquestionável de toda a verdade, como bem nos lembra de Moacir Costa de Araújo Costa.²⁴³

Tocante à *Justiça Particular* - que também entende necessária como uma faceta da *Justiça Legal* -, o pensamento tomista mantém muitos pontos de contato com a doutrina aristotélica, até porque dela partiu e conservou, não obstante as diferenças, muitos de seus aspectos.

Admite que o *senso comum* até poderia acreditar que a aplicação isolada de uma *Justiça* compreendida só como fundada nas prescrições da lei seria o suficiente para manter coesa a sociedade e desse uma resposta satisfatória do que deveria integrar a categoria do justo, ou seja, aquilo que deve ser incentivado e promovido, e, no contraponto, daquilo que deveria ser eliminado, purgado da vida social (o injusto).

Esse *senso comum* seria compreensível porque a realização do *bem comum* já seria, em si, atingir um nível correspondente à vida boa, incumbência maior do Estado e justificativa de sua própria existência.

Esse raciocínio, contudo, que no pensamento tomista partia de premissas válidas, configurava-se tendencialmente falacioso, pois a *Justiça Geral* prosseguia a busca dos bens dos indivíduos de forma indireta e tão somente na medida em que estes bens integrassem o *bem comum* (na condição de iguais cidadãos).

Desse modo, *a busca da felicidade se dava apenas de maneira reflexa sobre o indivíduo* e só pelo fato de integrar uma sociedade, sem considerá-lo exatamente como um ser único, seus pensamentos, seus sonhos, suas aspirações pessoais. Embora fosse

²⁴³ LIMA, Moacir Costa de Araújo. *Afinal, Quem Somos?* 4ª ed. Porto Alegre: Editora AGE, 2009, p.16. Na conexão entre ciência e fé, ela é tomada ao pé da letra. O dogma se transforma em lei e a Igreja se arroga na direito de ser a unida conhecedora do todo. A verdade, e com ela todo o conhecimento científico, teriam sido reveladas pelo Supremo Criador, não cabendo ao homem, em sua finitude, sequer pretender questioná-la. Conforme o autor, Copérnico, Galileu e Giordano Bruno “*sentem o peso das mãos do aplicador do dogma*”. O primeiro porque, nos idos de 1529, fez circular um manuscrito intitulado *Breves comentários de Nicolau Copérnico em torno de suas hipóteses sobre os movimentos celestes*, em oposição à tese aristotélica do geocentrismo. O Papa Clemente VII aprovou o ensino da Teoria em Roma, mas Copérnico achava que sua teoria ainda estava incompleta, porquanto lhe faltava um rigor matemático. Mesmo assim, adiante, autorizou a sua publicação, cujo primeiro exemplar o autor somente viu em seu leito de morte, em 1543, segundo Araújo (op.cit., p.17), e provavelmente não tenha visto que o prefácio dedicado ao Papa Paulo III havia sido substituído por outro, anônimo, que insistia no caráter meramente hipotético do novo sistema heliocêntrico por ele identificado. Na perspectiva hipotética, nenhum dogma da Igreja e da fé era posto em causa verdadeiramente. O segundo, Giordano Bruno, panteísta italiano, por defender as ideias de Copérnico e a pluralidade de mundos habitados, foi condenado a morrer queimado na fogueira, em 1600, e assim morreu sem abrir mão de suas teorias, não obstante torturado e de ter tido, nessa senda cruel, inclusive a língua arrancada. O terceiro, Galileu Galilei, por afirmar que a Terra se movia em torno do Sol, foi igualmente chamado ao Tribunal da Inquisição e, para escapar da morte, foi obrigado a abrir mão de sua tese e a declarar-se arrependido pela *heresia* praticada.

destinatário final do *bem comum*, a *Justiça Legal* não o considerava subjetivamente em sua individualidade, mas objetivamente.

Ou seja, suas qualidades peculiares, seus interesses e necessidades segundo a sua própria eleição não eram por ela levados em conta. Daí a necessidade de, ao lado da *Justiça Legal*, subsistir um viés diferenciado: o da *Justiça Particular*, que se preocupasse em ordenar imediatamente ao bem particular, ou seja, que levasse, em linha de consideração, todas as peculiaridades do caso concreto, a singularidade de cada um.

Mesmo aí São Tomás de Aquino não abria mão de que o *bem comum* fosse levado em conta: se ele se identifica com a atribuição a todos os cidadãos, de bens indispensáveis a uma existência autossuficiente e desprovida de restrições, sua concretização deveria, como deverá, necessariamente, passar pela tutela dos interesses particulares de cada ser humano. Por isso, a lei deve visar, em observância da *Justiça Particular*, à garantia dos vários bens de cada indivíduo, assim procedendo porque daí também resulta o *bem comum*. O *bem comum*, abstratamente pensado, como de todas as pessoas, se imbrica, no pensamento tomista, com o bem dos indivíduos singularmente pensados, o que resulta de sua visão do homem como um ser inequivocamente social, um *animal político*, que só em sociedade encontra meios e condições de desenvolver, pois relacional.

Desde São Tomás de Aquino, evidencia-se uma *relação bilateral* entre o *bem comum* e os bens específicos de cada indivíduo, de igual natureza àquela pensada por Aristóteles nas relações das partes com o todo, impondo que “o bem de cada indivíduo seja buscado como suposto fundamental da consecução do bem comum”²⁴⁴, na medida em que a tutela dos interesses particulares, juntamente da *Justiça Legal*, é meio de construção da felicidade de cada pessoa. Mesmo aí, não nos olvidemos, a centralidade em eleger o sentido desse “bem” não estava no indivíduo, mas na autoridade da coletividade a que pertencia.

Sem embargo, conquanto na perspectiva tomista, a comunidade não é compreendida como uma entidade autônoma (o todo que precede necessariamente a parte); logo, o *bem comum* só pode comportar uma leitura como o bem integral de cada um dos membros dessa sociedade e, por essa via, a *felicidade de todos* e de cada um, não comportando exceção.

²⁴⁴ CASTILHO, Ricardo, in *Justiça Social e Distributiva*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.30.

A *Justiça Distributiva* também é pensada por São Tomás de Aquino como uma subdivisão da *Justiça Particular*, um viés da *Justiça* ou, se preferir, uma maneira de a própria justiça se expressar.

Aristóteles a havia pensado como princípio conformador das distribuições realizadas apenas na esfera pública, limitando-se a sua aplicação, às estruturas básicas da sociedade; consoante o Estagirita, ela estava relacionada apenas com as distribuições operadas pelos governantes aos cidadãos e seu objeto era somente bens e encargos originalmente pertencentes ao corpo social, ou seja, aquilo que desde sempre era tido em comunhão.

Entretanto, na proposta tomista, a aplicação da *Justiça Distributiva* não é assim restrita, envolvendo só *distribuições públicas de benesses e encargos*: essa modalidade de *Justiça* constitui parâmetro de avaliação na aplicação de todas as partilhas, sejam elas públicas, sejam elas levadas a efeito em quaisquer formas parciais de associação entre os concidadãos, (por exemplo, na família, na comunidade eclesiástica, na comunidade escolástica).

A partir dessa noção, a *Justiça Distributiva* já não é mais pensada como uma distribuição pública realizada como uma espécie de privatização de bens e encargos; na medida em que as coisas que já integravam o patrimônio privado poderiam, igualmente, vir a ser repartidas segundo os seus ditames.

Como já havia procedido Aristóteles, também São Tomás de Aquino aponta para a necessidade de se *identificar critérios para a distribuição de bens e encargos*, sustentando que esses critérios devem ser relacionados com as qualidades pessoais dos sujeitos que receberão os respectivos quinhões, na medida em que a *Justiça Distributiva* atua segundo uma igualdade geométrica, como alhures referimos, ou seja, intenta lograr, na repartição, a mesma proporção existente entre os seus destinatários a partir do critério de diferenciação eleito.

Porém, na visão aristotélica, as qualidades pessoais eleitas como critério de distribuição seriam sempre avaliadas de acordo com os valores fixados na base do regime político existente. Embora São Tomás de Aquino tenha mantido essa estrutura de pensamento, reconhecendo a sua validade, *compreende que ela não pode se aplicar a todos os processos distributivos, em especial, porque ela não se amolda à distribuição na seara privada*.

Na visão do aquinatense, a opção para determinar o parâmetro da distribuição representa *o fundamento do direito do destinatário* de reivindicar o quinhão que lhe é

devido, e serve, ao mesmo tempo, como medida para a *quantificação* (limites) das benesses e dos encargos que devem ser a tal destinatário outorgados, pois a *Justiça Distributiva* tem por norte a preservação de uma igualdade proporcional, seja entre as coisas, seja entre as pessoas.

O critério distributivo constitui verdadeiro paradigma para se determinar a importância do destinatário da distribuição em face dos demais integrantes da comunidade em que tal processo se desenvolve.

Ou seja, as qualidades pessoais do destinatário da repartição devem, no espectro distributivo de encargos e benesses, distingui-lo das demais partes do todo. Ser, ao fim e ao cabo, o critério da discriminação. Tanto é assim que uma má escolha de critérios ou escolha de critérios inadequados de diferenciação conduzirá à antítese do seu objetivo e, portanto, à injustiça²⁴⁵, uma discriminação que a igualdade substancial não poderia racionalmente validar ou explicar.

Por conseguinte, o *discriminem*, nessa hipótese, jamais estaria justificado, o que significa, precisamente, que o critério da escolha deve se orientar pela *racionalidade*; no que tange à qualificação pessoal da discriminação, ela deve guardar relação com a natureza dos bens ou dos encargos distribuídos, condizentes com a razão objetiva que conduziu o sujeito ativo à repartição.

Das lições de São Tomás de Aquino, no tema que nos propomos a investigar, impõe-se guardar o seu entendimento que irá marcar, definitivamente, a concepção de pessoa, com o um significado de *relação*, reafirmando, agora com fundamento em Deus, a natureza social do homem, restando claro que, a parte de ser dotada de uma substancialidade, de racionalidade e de uma individualidade (que a faz única e irrepetível), dona de suas vontades e responsável pelos próprios atos, será titular de qualidades naturais e também adquiridas, à medida que a pessoa é um ser social²⁴⁶, decorrendo daí não apenas direitos, mas, também, deveres relativamente aos demais

²⁴⁵ Além de trazer a consequência da injustiça, a má escolha é igualmente nociva à própria aceção de pessoa, o que contraria os dogmas cristãos e a *Lei Eterna*. Na concepção tomista, a noção de pessoa comporta uma valorização não equânime dos indivíduos, segundo juízos subjetivos desconformes que legitima a distinção operada na repartição justa, sendo, bem por isso de todo razoável, por exemplo, no sistema tributário, considerar a capacidade contributiva como critério distintivo e legítimo, perfeitamente adequado à partilha do ônus social. Por outro lado, injusto e ilegítimo se mostraria, no propósito de distribuição do mesmo ônus qualquer critério distintivo em bases raciais.

²⁴⁶ Essa sociabilidade natural bem pode ser identificada na figura de Adão de cuja costela formou-se Eva. Verdade ou mito, isso é representativo de uma *união social*. Ela também está na explicação de mundo platônica, em que o *Ser-Todo* contém o *Ser-Uno* e o *Ser- Outro*, ou seja, o duo está no uno, a dualidade é própria da individualidade, fazendo emergir o terceiro diferente. Cirne Lima (op.cit., p. 88 e s) irá referir, a esse propósito, o Mistério de Trindade (de Deus pai, Deus Filho e Deus Espírito Santo), algo como o Ser, Não-Ser e o Devir pensado por Heráclito.

seres humanos, às demais pessoas, igualmente oriundos da própria condição humana.

Nesse contexto, importa também assimilar que, na perspectiva tomista, pode-se até falar em uma conciliação entre um jogo de opostos, ou seja, entre o individual e o social, entre o particular e o universal, onde o bem do indivíduo é um fim último.

Entretanto, não se pode perder de vista que esse fim último, que afirma a ser alcançado na edificação conjunta de um *bem comum*²⁴⁷, ainda retira do próprio indivíduo, segundo sua autonomia, liberdade e racionalidade, definir os seus fins e de se ordenar, por sua escolha, como fazê-lo. A lógica tomista permite a seguinte leitura: o homem é pessoa, pela unidade e pela imagem e semelhança com o Criador, o único ao qual se subordina; mas, sem prejuízo da primazia dessa condição, é, ao mesmo tempo, um ser relacional e responsável pelo seu semelhante, aquele que, como ele, é uma unidade substancial, colocando a centralidade do direito de defini-lo no poder político, quanto aos bens materiais; e, no poder da Igreja, no que concerne aos bens sobrenaturais.

Logo, a filosofia tomista legitima um modelo de Estado voltado à garantia do *bem comum*, à altura não compreendido como o bem do todo, mas como o bem de um e de todos; em São Tomás de Aquino, a ação do governante será necessariamente orientada e condicionada (limitada) por essa finalidade, o que traz em si um princípio de limitação à atuação prática do governante, sem a qual sua atuação não se torna legítima e todo o Direito por ele criado deve ser excluído.

No âmbito da influência do cristianismo na afirmação da solidariedade e da Justiça Social, há que referir, ainda que de forma breve, a contribuição de Marcílio de Pádua (1275-1342 d.C.), ao afirmar²⁴⁸ que a cidade (ou reino) é a comunidade cuja existência e organização *tem em vista o bem viver das pessoas*; que estas se acham irmanadas por vínculos de sangue *e sociais*, subsistindo entre elas *obrigações mútuas de prestação e auxílio* - uma expressa formulação que se integra à ideia de solidariedade, independente se reconhecer ou não legítimo o seu fundamento -²⁴⁹, um direito quase natural a alicerçar, no entender do autor, os deveres de amizade e solidariedade humanas,

²⁴⁷ OTERO, Paulo, in *Instituições Políticas e Constitucionais*, p.109.

²⁴⁸ Em sua principal obra (*Defensor da Paz*. Petrópolis: Editora Vozes, 1997, pp.13 3 ss.), Marsílio fundamenta suas teorias políticas em Aristóteles, sem, contudo, negar a doutrina tomista do Direito Natural. A centralidade de suas ideias reside na experiência política das cidades-república do fim da Idade Média, onde a única realidade é o Estado, baseado na soberania do povo. O Estado é laico e o clero deve subordinar-se às leis e normas ditadas pelos leigos. A obra é considerada subversiva pelo Papa João XXII, mas, de certo modo, ela antecipa importantes aspectos da modernidade e do processo de laicização.

²⁴⁹ OTERO, Paulo, in *Instituições Políticas e Constitucionais*, pp.115-116.

englobando, para além disso, a obrigação de todo o ser humano não praticar atos injustos (de se abster) e ainda a de impedir que outras pessoas os pratiquem (interceder em favor de terceiro).

Igualmente, importa registrar o seu entendimento em termos de *lei*, porque a vê como a própria expressão do *bem comum* e compreende que ela se destina à promoção do que é justo para a cidade; preconiza a democracia, ao defender a escolha do governante pelos governados, sublinhando, assim, a vontade consensual, defendendo ainda, o respeito à lei pelo soberano, podendo-se reputá-lo um precursor de Rousseau na defesa da soberania popular.

Não é demasiado registrar o voluntarismo de John Duns Scot (1270-1308 d.C), cujo pensamento caracterizou-se por substituir a razão pela vontade do Criador. A concordância com a vontade de Deus era, segundo ele, a própria condição da lei reta ou legítima. A vontade divina, por outro lado, não era arbitrária e teria como limite o princípio da não contradição, o mesmo princípio da Lógica pensado por Aristóteles como orientador da ordem da natureza, pensamento que acabou seguido e radicalizado por Guilherme de Ockham (1290-1350), para quem todo o Direito procederia de Deus; por isso, não haveria distinção entre *lei natural* e *lei eterna*. Tanto a *lei positiva* como a *lei natural* subordinam-se às Sagradas Escrituras, que são, em última instância, a expressão da *vontade de Deus*. Em decorrência, o que não estivesse de acordo com as Sagradas Escrituras não deveria ser seguido, pois não era Direito.

O Cristianismo conferiu ênfase especial ao fato de o homem não ser uma criatura qualquer. Em sua construção filosófica, o homem não é apenas um ser criado por Deus, mas, feito à sua imagem e semelhança, ele “*participa do divino através da Razão, a qual, iluminada e contemplada pela Fé (recta ratio), lhe indica o caminho a seguir*”²⁵⁰. Ele pode, assim, discernir entre o *bem* e *mal* e conhecer o Direito Natural, anterior e superior ao poder temporal, “*a lei divina que governa o universo*”, na lição de Vieira de Andrade.²⁵¹

Embora o ideário humanista cristão demandasse dos Poderes Públicos, bem assim dos outros homens²⁵², o reconhecimento da condição de pessoa e de uma dignidade em cada ser humano, desde a premissa de que todos os homens são filhos de Deus

²⁵⁰ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, in *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 17.

²⁵¹ Op.cit., p.17.

²⁵² Radicam aí as raízes da solidariedade em face da ideia de amor ao próximo.

²⁵² Ibid., p. 41. Salienta o autor, a circunstância.

e, nessa condição, iguais em dignidade, sem distinção de raça, cor ou cultura²⁵³, sua doutrina não foi capaz de gerar a noção adequada de pessoa humana, dignidade e de direitos humanos fundamentais e como hoje os compreendemos.

Por outro lado, em especial, no tema objeto desta pesquisa, o pensamento humanista cristão trouxe muitas e importantes contribuições: a) *a ideia de um Direito anterior e superior ao Direito posto (às leis humanas) e que é imperativo, ou seja, independe de positivação qualquer*; b) que “*o direito determina, é certo, que ao homem seja dado um tratamento, que implica deveres dos poderes políticos e dos outros homens perante a sua dignidade específica. Isso resulta de uma ordem das coisas, de uma forma de expressão de justiça, cuja violação pode dar aos indivíduos um direito de resistência contra as instituições*”;²⁵⁴ e , c) que os seres humanos, em alguma medida, têm deveres e são responsáveis pelo destino de seus semelhantes.

Diga-se, contudo, que na Filosofia Cristã, especialmente a tomista, os seres humanos, enquanto beneficiários ou destinatários da benevolência, da virtude e da caridade, ainda não o eram enquanto indivíduos propriamente titular de direitos subjetivos: enquanto ser único e singular, nada podia *exigir* com amparo em tais deveres dos poderes políticos e dos outros homens relativamente à sua dignidade e à sua condição de pessoa.

Se, antes disso, a teoria do conhecimento havia tido por fundamento ou cosmos ou uma divindade (a busca do divino e a busca do conhecimento chegaram, em dado momento, a marchar juntas e a cantar em uníssono²⁵⁵, indo mesmo ao ponto de se confundirem), chega o momento histórico em que o pensamento humano passa a compreender que as coisas ocorrem graças ao homem e não graças a Deus. Que elas acontecem por força da razão e da vontade humana e não pela vontade divina. Começa aí um período de transição do Medievo para a Idade Moderna, com o fim do modelo feudal, o Renascimento, a ascensão do mercantilismo e do capitalismo, bem como com o surgimento do Estado como poder centralizador e separado do poder da Igreja, tema do qual a seguir trataremos.

²⁵³ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, in *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 17.

²⁵⁴ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, in *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2006, p.17.

²⁵⁵ LIMA, Moacir Costa de Araújo, in *Afinal, Quem Somos?* 4ª ed. Porto Alegre: Editora AGE, 2009, p.16.

CAPÍTULO 6 - A descontinuidade epistemológica da Modernidade, o Estado e o resgate do individualismo

Neste capítulo, buscaremos verificar no processo histórico de afirmação da solidariedade, se o homem, que, em Protágoras, era a medida de todas as coisas em razão do seu relativismo total; que, em Platão, parecia existir, eis que mera representação de uma idéia, um gênero, com superioridade de alguns sobre os outros; que, em Aristóteles, também estrativista, recebe a pecha de ser animal racional, dotado de inteligência, integrado na natureza, que só atinge os seus fins na coletividade; que, no Estoicismo, foi compreendido como indivíduo que participa do divino por meio da alma e encontra a liberdade na morte; e que, no Cristianismo, recebe o atributo de pessoa que, aparte de lhe reconhecer uma natureza social, o identifica como a personificação de Deus na Terra e, como tal, o reconhece como dotado, em si mesmo, de uma dignidade inalienável, manteve alguma das características do Antiquidade e do Medievo.

Pois bem. Desde a pré-história, verificamos que, em alguma medida, o homem teve necessidade de se reunir em grupos para compartilhar a caça e a pesca, como para se defender dos infortúnios.

Embora isso já fosse um prenúncio da solidariedade, um sinal de cooperação, de esforços em conjunto para o bem de todos e de cada um, ainda não comportava uma tal definição e nem se poderia falar, naquele momento, de deveres ou em mecanismos de proteção à pessoa já que a proteção em si se restringia ao instinto de sobrevivência, à tolerância da convivência em grupo e, quando muito, ela poderia ser identificada na estocagem de alimentos para serem consumidos no futuro (o dia seguinte, talvez).

De qualquer modo, isso nos mostra que a existência do homem se confunde com a própria noção de conjugação de esforços para a melhoria ou facilitação das condições de vida de cada um dos indivíduos formadores do grupo; demonstra, também, de modo irrefutável, que, desde os primórdios, o homem se preocupou com seu destino e com o destino de seu grupo, o que configura uma preocupação individual e social.

Essa constatação nos permite até afirmar que as preocupações com o bem-estar, próprias e coletivas, também acompanharam a história da humanidade, não sendo exagero afirmar que o próprio bem-estar - que se preocupa não apenas consigo, mas, igualmente, com as demais pessoas que cercam cada indivíduo - é algo inerente à pessoa humana e, em assim sendo, integra, de algum modo, a sua dignidade imanente.

Nessa ordem de ideias, à vista de todos os desenvolvimentos em torno da pessoa humana até aqui realizados, forçoso cogitar, desde logo, de uma possível projeção universal de solidariedade entre os homens, questão que, em momento oportuno, será retomada.

Por ora, contudo, queremos apenas acentuar que já as sociedades primitivas externavam preocupações com o bem-estar presente e futuro nos círculos sociais que se consolidaram, na Antiguidade Clássica, em Aristóteles, e se mantiveram desde então. Entretanto, é incontroverso que, na medida em que os agrupamentos humanos se organizavam, evoluíam e adquiriam maior abrangência, os mecanismos de salvaguarda contra os riscos em cada época existentes demandavam um repensar em torno desses mecanismos.

Dentro dessa construção, os primeiros mecanismos de proteção articulados pelo homem tinham inspiração *mutualista*, voltados ao auxílio recíproco dos seus membros de um determinado grupo, mecanismos que aparecerão muitas vezes na história da existência humana e que fundamentarão o surgimento do Estado numa visão sociológica que adiante abordaremos.

A generalidade da doutrina faz alusão ao *Talmud*, ao *Código de Hamurabi* e ao *Código de Manu*, como as primeiras ordenações normativas a instituir esses *métodos de proteção*. O *Código de Manu*, segundo lição de Jéferson Daibert²⁵⁶, "*continha disposições, acerca dos empréstimos realizados ao preço dos riscos. Os fenícios, por sua vez, adotaram idênticas normas dos hindus, difundidas mais tarde na Grécia*".

Da Grécia à Roma, apareceram as associações denominadas *collegias*²⁵⁷ ou *sadalitias*. Eram elas formadas por pequenos produtores e artesãos livres; tinham caráter mutualista e eram constituídas de, no mínimo, três indivíduos que contribuíssem periodicamente para um fundo comum, cujo objetivo principal era o de fazer frente aos funerais dos associados.²⁵⁸

Na Idade Média, contudo, desenvolveram-se e espalharam-se outras associações de inspiração mutualista, mesmo em ambientes políticos, econômicos e sociais distintos, dentre as quais, as *guildas*, de origem germânica, compreendidas como *corporações de*

²⁵⁶ In *Direito Previdenciário e Acidentário do Trabalho Urbano*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, pp. 65-66.

²⁵⁷ De onde surge a ideia dos "órgãos colegiados".

²⁵⁸ Conforme magistério de Jose Manuel Almansa Pastor, in *Derecho de la Seguridad Social*. 2ª ed. Madrid: Ed. Tecnos, 1977, pp. 111-112.

ofício, que tinham essa denominação justamente porque cada uma agrupava um determinado ramo de trabalho (sapateiros, ferreiros, alfaiates, etc.).

Tais corporações, surgidas a partir do Século XII, tinham por objetivo regulamentar o processo produtivo artesanal nas cidades que contavam com mais de 10 mil habitantes. As unidades corporativas de produção artesanal eram hierarquizadas, segundo o controle de uma determinada técnica de produção.

As “*guildas*” de operários qualificados numa determinada função, se uniam a fim de se defenderem e de negociarem de forma mais eficiente. As corporações atuavam como incentivo para o aumento da produção, organizando-a, bem assim a sua distribuição.

As pessoas geralmente ficavam 10 anos em cada ofício, e o mestre, aquele que estava no ápice da hierarquização, era obrigado a dar aos integrantes do grupo alimentos e moradia (havia, pois, uma contrapartida). Essas corporações estabeleceram regras para o ingresso na profissão e tinham controle de quantidade, de qualidade e dos preços dos produtos produzidos, chamado de *preço justo*. Um artesão nunca poderia estipular, por exemplo, um preço maior ou usar material de qualidade inferior ao de seu colega - uma expressão da igualdade como ponto de partida -, o que impedia a concorrência dos membros de mesmo ofício. Aliás, a concorrência desleal era vedada.

As corporações também protegiam seus associados, proibindo a entrada de produtos similares aos produzidos na cidade em que se atuava. Elas também amparavam seus trabalhadores em caso de velhice, qualquer tipo de doença ou invalidez.

Uma das grandes finalidades das corporações era justamente a de evitar a concorrência entre os artesãos, tanto locais como de outras cidades, e de adequar a produção ao consumo local. As corporações fixavam o preço do produto, controlavam a qualidade das mercadorias, a quantidade de matérias primas e fixavam os salários dos trabalhadores.

Entretanto, embora essas instituições tenham se proliferado, elas não atingiram um nível de proteção universal, e mesmo quando subvencionadas pelo Estado, em regra, seu espectro de proteção se limitava a certos grupos que atuavam em atividades de grande conveniência da respectiva sociedade interessada tais como: marinheiros, mineiros, militares, funcionários dos ministérios etc.

Mas essas sociedades intermediárias (também ditas “intermédiás”), de mútua colaboração na construção do *bem comum*, foram sendo aos poucos extintas. Segundo

Wambert Gomes Di Lorenzo²⁵⁹, no pontificado do Papa Pio VII (1800-18001), elas foram suprimidas e, adiante, foram restauradas, em Roma, no pontificado do Papa Pio XI.

Contudo, no Medievo, o que culminou com a extinção gradativa das *corporações de ofício* foi o surgimento, na Europa ocidental, de uma *nova classe social* denominada *burguesia*, formada de comerciantes manufatureiros que foram obtendo cada vez mais lucros, fato que gerou um crescente acúmulo de capitais em suas mãos culminando com a Revolução Industrial.²⁶⁰

No projeto ideológico dessa nova classe social, notadamente, de expansão, não havia mais espaço para uma perspectiva mutualista, porque estruturado, essencialmente, sobre o *individualismo* que fez desaparecer qualquer ideia de *responsabilidade pessoal* ou *estatal* pelo destino das pessoas.

O acúmulo do capital burguês se deu muito especialmente no período das grandes navegações, dos descobrimentos, facilitado pela colonização, e foi o que permitiu alavancar o processo de industrialização. O interesse da burguesia se voltou para a indústria (têxtil, coureira e metalúrgica) que, destarte, já despontava nos primeiros anos do século XVI, quando as corporações de ofício foram desaparecendo para dar lugar a uma nova relação: a dos patrões e os empregados, pois o capital passou a remunerar o trabalho, e o trabalho humano, ao poucos, substituído por máquinas.

Tudo isso se deu em um ambiente de exaurimento do modelo feudal, de *descontinuidade epistemológica* com o *jusnaturalismo divino* que lhe foi característico, isto é, com o advento de uma forma absolutamente nova de pensar o mundo (o Homem, a Igreja, o Poder Político e Jurídico), dissociada, ou melhor, em oposição à do teocentrismo medieval e, por outro lado, estruturada sob o *antropocentrismo* (que propunha um reencontro entre o Homem e a Filosofia e um *jusnaturalismo antropológico*, ou seja, de centralidade na razão humana), fato este desencadeador de

²⁵⁹ In *Teoria do Estado de Solidariedade*. Porto Alegre: Elsvier Editora, 2010, p.8.

²⁶⁰ Conforme Celso Furtado (in *Criatividade e Dependência da Civilização Industrial*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978, pp.39-51), dito evento histórico fez emergir um sistema social que se caracterizou (evidentemente, guardadas as peculiaridades que assumiu nas diversas regiões do mundo em que esse processo se desenvolveu) pela canalização do processo acumulativo de riquezas para o setor de produção e a difusão de critérios de racionalidade instrumental. Duas de suas características foram marcantes: a primeira, consistente na ruptura de um mecanismo social - e que predominou até o último quarto do século XIX -, em que o excedente do notável consumo era desviado para uma reintrodução no processo produtivo, produzindo, assim, um aumento de eficiência no sistema econômico; a segunda, constituiu aquela responsável pela formação de um estilo de civilização, cujos traços marcantes eram o tecnicismo de todas as atividades produtivas; a estruturação espacial da população em aglomerados urbanos, a fim de satisfazer as exigências do mercado de trabalho, e a prevalência da razão secular, divorciada da Religião, na legitimação dos sistemas de poder, criando-se, a partir de então, uma civilização industrial.

movimentos como a *Reforma*, o *Renascimento* (ou Renascença, marcada pela renovação literária, artística e científica, como uma espécie de retorno ao pensamento da Antiguidade, em que o homem, já não Deus, como no Medievo, ocupava o centro das atenções), e o *Iluminismo* (“Século das Luzes” ou “Idade da Razão”, onde esta é eleita como o próprio método de se chegar à razão e à verdade).

Esses movimentos e essa nova forma de pensar o homem deram ensejo ao surgimento de uma nova Era, a Modernidade, em que se verifica uma profunda modificação no conceito de ciência e da própria visão de mundo e, com ela, o resgate da ideia de um homem só, mas não de um homem concreto, como o havia pensado Protágoras, e, sim, de um homem *abstrato*, um contexto em que foi se perdendo o elemento relacional inerente à condição e à essência de pessoa, visto desde Boécio, com a sua substituição pela noção de *indivíduo*, onde já não existe mais espaço para se falar *em igualdade substancial*.

Quatro grandes momentos históricos precederam a revolução científica da Modernidade e que resultou nessa nova visão de homem. O primeiro foi aquele em que Alexandre - o Grande, no Século IV a.C., difundiu a cultura grega e a ciência antiga por todas as regiões dominadas pelo seu império, inclusive Ásia Menor, Mesopotâmia e Egito. O segundo - que afigura um retrocesso -, deu-se com a queda do Império Romano do Ocidente (476 d.C.), o que representou um abafamento da vida urbana, cultural e científica na Europa Ocidental por mais de três séculos. O Terceiro verificou-se com a expansão do Islamismo a partir da metade dos anos 600 (Maomé morreu em 632), com a conquista da Síria, da Mesopotâmia, do Irã, do Egito, do norte da África e com a invasão da Península Ibérica (Espanha), em 711, onde se formaram importantes centros de atividades filosóficas e culturais. O quarto deu-se com a retomada do pensamento filosófico-científico, especialmente em razão do reflorecimento da vida urbana na Europa Ocidental e a criação das primeiras universidades - ainda vinculadas à Igreja Católica Romana (no que se destaca a Universidade de Paris, de 1214), momento em que São Tomás de Aquino, com sua *Summa Teológica* destacada no capítulo dedicado ao Cristianismo, com a qual busca realizar uma síntese entre a ciência aristotélica e a visão católica de mundo, fundando, ali, a Escolástica.

A visão científica moderna, opondo-se a tudo isso, ganhou especial impulso a partir do trabalho revolucionário de Nicolau Copérnico (1543), que versa *Sobre a Revolução dos Orbes Celestes*, formulando a hipótese do sistema heliocêntrico segundo o qual, ao contrário de toda ciência anterior (originária de Aristóteles, desenvolvida por Ptolomeu

e que vinha ao encontro de toda a visão de mundo do Cristianismo, que situava a Terra como o centro do Universo, numa concepção de um mundo fechado e limitado à própria Terra), afirmava que o Sol, e não a Terra, era o centro do Universo.²⁶¹

Segundo essa nova visão de mundo, a causa do movimento reside em forças puramente mecânicas, que existem destituídas de qualquer função, finalidade ou sentido. Conhecer a natureza, então, não é compreender por que ocorrem as mudanças, que sentido ou finalidade elas têm (como imaginou Aristóteles), mas saber como elas ocorrem, como os movimentos se processam, é dizer, conhecer as leis que determinam os movimentos, as regularidades que eles apresentam segundo essas leis e que habilitam a previsão, considerando que todo o movimento está submetido a leis mecânicas da natureza e são, em princípio, previsíveis, por meio do conhecimento dessas mesmas leis.

Essas são, na Modernidade científica, as “Leis da Natureza”, que já não guardam qualquer vinculação com o cosmo ou com uma deidade, mas necessitam ser precisas e invariáveis, podendo ser conhecidas pelo homem, sendo esse o objeto da ciência, expressando, assim, uma imagem mecanicista e determinista da realidade que dá a pretensão de poder, ao homem, de conhecer essa realidade deterministicamente estruturada.

Cuida-se de um novo modelo de homem apto a conhecer e dominar a ciência. Na Ciência Moderna, a noção de utilidade é pragmática e volta-se para os propósitos do homem, uma vez que o conhecimento científico já não é contemplativo, mas deve, antes, servir ao atendimento das necessidades e preferências do homem, passando ela, enquanto um fim em si mesma, a ser um meio valioso para realização dos fins pretendidos pelo homem. Nesse quadro, o momento histórico é marcado pelo subjetivismo, inclusive quanto às noções de bem e felicidade, em substituição às figuras do sábio, do filósofo, do religioso, em favor de um indivíduo comum na definição do que é bom e do que deve fazer no dia a dia do homem. É dizer, o bem e a felicidade deixam de ter a antiga relação com o transcendente e de realização do potencial ontológico do homem, interpretados independentemente das preferências subjetivas, e passam a ser definidos em termos de escolhas subjetivas de cada um. *A ordem divina e*

²⁶¹ Adiante também sustentada por *Giordano Bruno*, em sua obra *Universo Infinito*, fato que lhe custou a vida, eis que queimado na fogueira da Inquisição, em 1600, sem embargo de a teoria ter sido, adiante, consagrada por *Isaac Newton*, com o coroamento de ciência Moderna, quando fez publicar a sua obra *Os Princípios Matemáticos de Filosofia Natural*, matematicamente unificando a astronomia e a mecânica dentro da nova visão de mundo, afirmando o Universo infinito, regido pelo princípio de inércia e pela força gravitacional.

tradicional que organizava toda a vida comum cedeu lugar à liberdade do ser humano, como princípio e valor fundamentais da organização social e política.

Nessa nova conformação de ciência e de homem - *o indivíduo abstrato* -, especialmente a partir das *teorias contratualistas* de Hobbes, Locke e Rousseau (para a fundamentação do surgimento do Estado) e do *modelo kantiano de dignidade humana*, do qual adiante trataremos, o ser humano é pensado essencialmente - e a partir dele mesmo -, como titular de direitos inatos, pelo simples fato de sê-lo; já não é mais compreendido como um *devedor* perante os seus pares, ou melhor, *já não é mais visto como titular de obrigações* autônomas, nem para consigo mesmo, nem para com os seus semelhantes e com o seu meio social, tampouco como um ser dotado de uma sociabilidade intrínseca.

Perdeu-se, portanto, por completo, a ideia que se tinha até então de matriz aristotélico-tomista, de *bem comum* como o bem integral de cada um dos membros da sociedade e, nessa mesma esteira, de um empenho conjunto da construção da felicidade de todos

Houve, por conseguinte, uma verdadeira *descontinuidade epistemológica* na passagem da Idade Média para a Modernidade²⁶², em especial, a partir da Renascença²⁶³, quando o “Velho Mundo” viria a vivenciar uma *ruptura* com o pensamento fundado na ideia de Deus como o centro do universo, para viver a redescoberta do homem em outras bases que não aquelas cosmológicas, metafísicas e divinas pensadas pelos Antigos.

Esse giro constitui a ideia central do filósofo francês Alexandre Koyré²⁶⁴, em *La Formation de La Pensée Moderne*, obra em que o autor define o período como um marco de destruição do cosmo e, em contrapartida, da geometrização dos espaços, ou seja, o desmoronamento de um mundo concebido como um todo finito e bem organizado, cuja estrutura espacial encerrava uma hierarquização de valores e de perfeição, e a sua substituição por um mundo concebido como uma estrutura

²⁶² MARCONDES, Danilo, in *Iniciação à História da Filosofia: dos Pré-Socráticos a Wittgenstein*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006, p.141.

²⁶³ Período da História da Europa marcado por profundas transformações, especialmente com o advento da “Renascença” ou do “Renascimento”, que se explica em virtude da redescoberta e revalorização das referências culturais da Antiguidade Clássica, agora sob o influxo de um ideal humanista e naturalista. Seu propósito, de acordo com a sua compreensão hodierna, aparece com a publicação do livro de Jacob Burckhardt (*A Cultura do Renascimento na Itália*), em 1867, em cujo bojo o autor definia o Renascimento como um período de “*descoberta do mundo e do homem*” (in *Jakob Burckhardt Renaissance - Cultural History*. Disponível em http://www.age-of-the-sage.org/history/historian/Jacob_Burckhardt.html, acesso em 10-01-2013).

²⁶⁴ In *Do Mundo Fechado ao Universo Infinito*. Lisboa: Gradiva, 1961, p. 316 e s.

heterogênea e infinita, o espaço real do universo, em que são rejeitadas, pela concepção da *Ciência Moderna* e do novo pensamento científico, *todas as ideias baseadas na noção de valores, de perfeição, de harmonia, de sentido e fins*, momento histórico em que o conhecimento das leis da natureza é buscado pelo homem e para o homem, para efeitos de previsibilidade e domínio no seu interesse subjetivo.

Ou seja, a Modernidade irá operar um autêntico *divórcio* entre *o mundo dos valores* e *o mundo dos fatos*, o que desaguará, mais adiante, na *separação* entre a *Moral* e o *Direito* (identificado com a lei posta), condição que possibilitou o surgimento do Positivismo Jurídico.

Esse novo homem ou, se quiser, o homem ‘redescoberto’, já não é concebido como subjugado a uma deidade, ao Deus cristão ou ao que quer que seja, pois encontra seu fundamento em si mesmo, na razão humana, como ser pensante, inteligente e racional.

O *individualismo* nasce (ou renasce) sob uma matriz antropológica e é *antropocêntrico*: o homem é o centro do universo; os *Direitos Naturais* já não são fundados na *lei natural*, tampouco na *lei eterna*, e muito menos é ela que lhes dá as diretrizes.

A solidariedade, nessa mesma senda, já não pode ser compreendida como “*uma virtude indispensável nas relações com os grupos, própria dos grupos primários cujo modelo típico tem sido constituído pela família*”²⁶⁵, e tampouco é vista como *dever* autônomo, porquanto compreendida como uma obrigação eminentemente moral (e não jurídica) ou de caridade, e, portanto, sem caráter cogente.

Nessa mudança paradigmática, consolida-se, gradativamente, um novo humanismo. Os *Direitos Naturais* vão sendo compreendidos como inerentes ao próprio homem (desvinculados de uma descendência divina); *são aqueles que o indivíduo possui pela sua condição humana*, como uma categoria inata, e não como uma dádiva de Deus. O Renascimento é justamente caracterizado pela valorização e pela promoção dos valores do homem, que passa a ser tido como o vértice de toda a realidade do mundo, o que irá se projetar no âmbito jurídico-político.

Para essa nova ideia sobre o *homem*, para o qual o bem e a felicidade passam a ser definidos em termos de escolhas subjetivas, registre-se a notável contribuição do pensamento de Giovanni Picco Della Mirandola (1463-1496), enfatizando a grandeza da natureza humana, embora ainda sob um lastro substancialmente religioso, considerando o homem um grande milagre e *reconhecendo-lhe a capacidade de escolher o próprio*

²⁶⁵ CASALTA NABAIS, José, in *Por uma Liberdade com Responsabilidade*, p.135.

destino, ou seja, a competência de decidir os seus fins, por ser dotado de uma integral habilidade de se autodeterminar.

Sem desconhecer ser o homem obra de Deus, mantendo, ainda, um fundamento último divino do ser humano, o autor compreende que o mesmo Deus o condenou à liberdade²⁶⁶. Assim, Giovanni Picco Della Mirandola irá enaltecer a *liberdade como expressão da própria felicidade*; como o dom de se conseguir o que se deseja e de se ser aquilo que se quer ser; enfim, a aptidão de cada homem conformar o seu futuro, segundo o seu próprio entendimento, aliando, desse modo, ao seu humanismo, o *livre arbítrio*, a autodeterminação e a soberania.

Conforma-se aí um importante componente da *dignidade da pessoa humana, a liberdade*, que irá repercutir, na contemporaneidade, diretamente, no modo de atuação do princípio da solidariedade, que não poderá prescindir de respeito pela capacidade de autodeterminação; de autoconformação do conteúdo de felicidade e de uma indissociável aptidão de cada ser humano em definir o seu destino e de alcançar aquilo que definiu como felicidade para si; de decidir, em última análise, seus fins segundo o seu entendimento, muito embora essa ideia de Giovanni Picco Della Mirandola tenha nascido em um momento histórico em que ainda não havia se proclamado uma total desvinculação com o *jusnaturalismo divino*, ruptura que, à evidência, não se deu do dia para a noite.

Mas esse pensamento nasce em um cenário em que se insere o surgimento da *Escola do Direito Natural* e do *Direito das Gentes*, isso é, de uma crença na existência de um *Direito Universal, revelado ao homem pela razão*; também, no que tange aos objetivos desta investigação e ao propósito de definir o que se compreende por solidariedade nesse contexto, numa *crença de que o homem traz imanente um sentimento natural do justo e do injusto, eticamente superior ao Direito Positivo*, como, destarte, já haviam pensado muitos dos filósofos antes referidos neste estudo (desde a Antiguidade), com o diferencial de que, agora, a fundamentação dessa racionalidade passou a repousar no próprio homem e não no cosmo ou em Deus.

Essa nova perspectiva intenta formular, a partir da razão prática (da experiência), uma crítica, a fim de distinguir *o que não é razoável do que é razoável* no plano prático, e, por conseguinte, demonstrar o que realmente importa considerar, em detrimento daquilo que não é importante.

²⁶⁶ É da vontade de Deus que o homem tenha total liberdade, sendo ele o juiz e o soberano de si próprio (in *Discurso sobre a Dignidade do Homem*. Lisboa: Edições 70, 1998, pp. 51 e s).

Cuida-se mais do que uma nova postura: trata-se de um *projeto* que tem por uma de suas características fundamentais não buscar uma descrição de assuntos humanos por meio de uma teoria, tampouco almeja afirmar-se como uma ciência social descritiva (como é). A *Teoria do Direito Natural* tem como objetivo avaliar as opções humanas com o propósito de agir de modo razoável e bem, o que acredita ser possível alcançar por meio de determinados princípios, que considera *bens humanos autoevidentes ou evidentes em si mesmos*.

Esse projeto, convertido em um processo, envolveu, sucessivamente, a separação entre a Fé e a Ciência, entre a Igreja e o Estado, entre o Estado e a Sociedade Civil, entre a Economia e a Política e, finalmente, entre a Moral e o Direito, movimento que remete, sucessivamente, a autores, alguns já acima nominados, como Thomas Hobbes, John Locke, Immanuel Kant, Grotius, Pufendorf, Jean Jacques Rousseau e outros, a partir dos quais evoluíram novas concepções ou modelos de Estado, sua fundamentação ou centralidade, e do Direito Moderno e suas fontes, baseados em uma natureza humana²⁶⁷ em que o homem abstrato se acha isolado com seu direito subjetivo natural, sob um paradigma que *já não inclui a ideia de um corpo social natural*, pois compreendiam a formação estatal (das sociedades) a partir de perspectivas contratualistas diversas, ou seja, convencionais, assim como a concepção do próprio Direito.

Para o implemento desse novo modelo social - que também era um projeto da *burguesia* -, em um primeiro momento, era necessário *laicizar*, num processo de secularização, o Poder Papal do Poder Político, ou seja, separar completamente a Igreja do Poder, a Religião da Política, a Fé da Ciência.

Nesse contexto, antecedido por inúmeras guerras religiosas, marcado pelo fim do modelo feudal, pela ascensão do capitalismo, do mercantilismo marítimo, surge o *Estado*, uma entidade nova, representativa de uma *unidade de poder centralizado*, soberano e *legitimado ao uso da força*, sendo lógico e natural o abandono²⁶⁸ de uma

²⁶⁷ Michel Villey refere-se a essa mudança paradigmática como uma verdadeira ruptura não apenas histórica, mas, também, epistemológica, pois toda Filosofia do Direito e as bases do conhecimento mudam radicalmente e passam a encontrar seus fundamentos últimos na razão humana (in *Cours d'Historie de la Philosophie du Droit*. Fasc. 4. Paris: Paris Ed., 1964, p. 229).

²⁶⁸ “O pensamento judaico-cristão em matéria de tutela dos valores nucleares da pessoa humana revela-se, neste sentido, estruturalmente perturbador do Poder: foi perturbador no período pré-liberal, tal como, a partir do século XIX, será perturbador com a doutrina social da Igreja”, afirma, com propriedade Paulo Otero (in *Instituições Políticas e Constitucionais*, p.132). O uso da expressão “perturbador” se deve ao fato de os novos titulares do Poder Político, em que pese se professassem cristãos, sua prática estava muito distante da revolução ideológica que o cristianismo trouxe, porquanto seguiam admitindo a escravidão; conviviam com desigualdades entre as pessoas perante a lei e,

natureza ligada à consciência, de uma adesão comum à universalidade cristã, ou seja, a uma Teologia e a um Deus que vinculassem e amarrassem o governo dos homens.

Era imprescindível pensar a natureza a partir de outro paradigma, apto a servir como modelo a essa nova ordem política soberana (que viria ser, inicialmente, o Estado Absolutista), em que o poder se enfeixava irrestritamente nas mãos do Monarca.

Obviamente, a ideia de um poder central soberano e irrestrito foi sendo construída e alimentada não só pelo projeto burguês, mas, também, por vários pensamentos, dentre os quais se destaca o de Nicolau Maquiavel.

Em postura diametralmente oposta à de Giovanni Picco Della Mirandola, pugnando por um *utilitarismo* coletivo, surgem as reflexões de Nicolau Maquiavel (1469-1527), que viriam a subsidiar o modo de atuação para manutenção dessa nova visão política e sua reestruturação para afastá-la da interferência da Igreja: membro do governo dos *Médicis*, de Florença, em sua obra “*O Príncipe*” (Século XVI)²⁶⁹, discorrendo sobre os principados, examinando de que modo suas várias modalidades estatais poderiam ser mantidas e governadas²⁷⁰, o autor expressa sua indignação por ver a Itália devastada pela divisão em repúblicas rivais. A solução seria a união nacional por um *interesse comum*, apontando para um fim necessário de manutenção dessa unidade caracterizada por um poder político centralizado, dotado de soberania e força: o poder do Príncipe.

Nicolau Maquiavel teria sido, segundo magistério de Luis Pedro Pereira Coutinho²⁷¹, o primeiro a formular uma ciência dos assuntos humanos, fundada numa ciência humana, em termos de ter no ser humano a sua base de racionalidade, mas com enfoque no poder, porque acabou por criar um roteiro ou um manual com vistas a ensinar o Príncipe como deveria governar e como deveria viver para que se mantivesse no poder, ou seja, uma ciência de governo.

naturalmente, com a aplicação de penas cruéis. Essa foi a crítica de Erasmo de Roterdã (1466-1536), em seu “*Elogio da Loucura*”, obra com a qual homenageou seu amigo Thomás Morus, onde sustenta que “*a verdade não tem o amor dos reis*” (op.cit., p. 56), porquanto sua experiência verifica que o príncipe, no seu modo de ser e agir, costuma ignorar as leis e ser hostil à comodidade pública, porque mais pensa na sua própria, posto que é dado a volúpias, odeia erudição, a verdade e a liberdade, e só tem em mente o desejo e a utilidade, o que em muito se distancia da Ilha da Utopia imaginada por Morus.

²⁶⁹ A obra é dedicada a Lourenço de Médicis, sendo publicada em 1513. Nela, Maquiavel lhe faz algumas recomendações para o intuito de se manter no poder e para governar, atividade para a qual, segundo o autor, era preciso astúcia, sutileza e um bom exército. Maquiavel cita Moisés, personagem bíblico, e insinua uma ligação de Deus com a posição dos reis, como se estes fossem os representantes da divindade aqui na terra. Nessa condição, “*the king can do no wrong*” e tudo poderia fazer para se manter no poder. Qualquer meio justifica este fim e a necessidade de um Estado forte justifica qualquer atitude.

²⁷⁰ É o objetivo já declarado no início de sua obra (in *O Príncipe*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001, p.31).

²⁷¹ In *A Autoridade Moral da Constituição*, p.22.

Tal ciência longe esteve de ser humanitária, uma vez que Nicolau Maquiavel prescreveu ao Príncipe uma postura de total indiferença entre o *bem* e o *mal* pelo poder político²⁷², segundo uma perspectiva de que, aos propósitos de se manter no poder, sua crueldade poderia até ser boa²⁷³, conquanto exercida de uma única vez, impelida por necessidade de segurança, e que dela resultasse benefício para os súditos.

Vale o registro de que, quando afirmamos “de uma única vez”, não queremos nos referir a um único episódio. Não em absoluto, pois, na teoria maquiavélica, quando ele se refere ao uso da crueldade uma única vez, o Italiano quer significar *de uma vez por todas*: já que a crueldade é imprescindível, que seja praticada em dose única e de uma só vez, em toda a sua intensidade, produzindo desde logo todos os seus efeitos, para que não impinja sofrimento contínuo. É o remédio amargo que deve ser tomado em um só e certo ato.

Nicolau Maquiavel rompe com qualquer ideia de *ética* ou *justiça* como fundamento do Estado: o Príncipe não deveria ter outro objetivo e nem ocupar o seu pensamento com outra coisa que não fosse a arte da guerra, da organização e da disciplina militar (que demandava rigorosa obediência).

Para manter a sua posição, impunha-se aprender a não ser bom e se servir disso, conforme fosse necessário, pois, de sua desumanidade dependia a eficácia e a própria unidade do exército e do Estado.²⁷⁴

Por outro lado, Nicolau Maquiavel advertiu que o Príncipe deveria se abster de tocar nos bens particulares dos súditos, porque identificou que esta era fonte primordial de hostilidade, de gana e de rancor, não sendo bom a nenhum Príncipe que se deseje manter no poder ser odiado.

Na construção teórica de sua ciência de governo, Nicolau Maquiavel compreendeu que os homens esquecerão com maior facilidade daqueles que mataram seu pai e sua mãe do que daqueles que lhes subtraíram ou retiraram o patrimônio.²⁷⁵

²⁷² Aliás, em suas palavras, “*quem quiser praticar sempre a bondade em tudo o que faz está fadado a sofrer, entre tantos que não são bons. É necessário, portanto, que o príncipe que deseja manter-se, aprenda a agir sem bondade, faculdade que usará ou não, em cada caso, conforme seja necessário*” (in **O Príncipe**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001, p.93), tudo dentro de uma perspectiva de que os fins justificam os meios, eis que, no ideário de Maquiavel, “*certas qualidades que parecem virtudes levam à ruína, e outras que parecem vícios trazem como resultado o aumento da segurança e do bem-estar* (op.cit., p.94).

²⁷³ Se o seu propósito for o de manter o povo unido e leal (in **O Príncipe**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001, p.98).

²⁷⁴ “*Quando o príncipe estiver à frente de seu exército, e com um grande número de soldados sob o seu comando, é necessário que aceite a fama de crueldade, sem a qual não conseguirá manter as tropas unidas e dispostas a qualquer tarefa*” (in **O Príncipe**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001, p.100).

Por isso, advertiu o Príncipe, a este propósito, que jamais se despojará alguém a um tal ponto que não lhe sobre uma faca para se vingar. Propôs, neste aspecto, cautela, numa atuação ardilosa e interesseira, ao mesmo tempo em que denunciava, ali, uma dimensão egoísta do ser humano.²⁷⁶

Esse cuidado - que evidencia uma valorização exclusiva dos direitos de cunho patrimonial, que destituía o ser humano de qualquer dimensão religiosa ou moral - foi o que essencialmente Nicolau Maquiavel, em seu cepticismo e anticlericalismo, recomendou ao Príncipe, ao infundir o temor no exercício de seu poder. No mais, tudo lhe era lícito, e mesmo que subsistisse o dever de obediência à lei pelo seu autor, o Príncipe, enquanto titular do poder supremo estava legitimado a agir até contra a sua palavra²⁷⁷, contra a caridade, contra a humanidade e contra a religião.

É dizer, se, sob certa perspectiva, ele não deveria se desviar do bem, por outra, se necessário, poderia se pautar pelo mal, propondo, nesse caso, uma postura política amoral, caprichosa e ímproba, desprovida de qualquer fundamento de *justiça*, em atitude pródiga de um projeto despótico de poder que, de tão inescrupuloso, não revelava qualquer preocupação com valores superiores ou direitos subjetivos fundamentais passíveis de limitar a atuação dos governantes, ao mesmo tempo em que se mostrava vazia de uma construção humanista de reconhecimento da condição humana e, por conseguinte, em nada conformando uma ideia de solidariedade, já que o autolimite se circunscrevia ao interesse de não provocar o ódio e a insurreição dos súditos no que respeita ao seu patrimônio material (a propriedade).

²⁷⁵ “Não obstante, o príncipe deve fazer-se temer de modo que, mesmo que não ganhe o amor dos súditos, pelo menos evite o ódio. O temor e a ausência de ódio podem coexistir - isto é conseguido por aquele que se abster de atentar contra o patrimônio dos súditos e cidadãos, e suas mulheres. Quando for preciso executar um cidadão, que haja uma justificativa e uma razão manifesta. E, principalmente, que o príncipe se abstenha de tomar os bens, pois os homens esquecem mais facilmente da morte do pai do que da perda do patrimônio” (in **O Príncipe**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001, pp.99-100).

²⁷⁶ É o que Maquiavel sustenta, ao explicar ao príncipe que é melhor ser amado a ser temido; entretanto, se o príncipe tiver de optar, “é mais seguro ser temido” (op.cit. p.99), porque, a seu modo de ver, os homens, em geral, são ingratos, volúveis e dissimulados. Eles procuram se esquivar do perigo e são gananciosos, de modo que, se o príncipe os beneficia, estarão inteiramente a seu lado, indo ao ponto de lhe oferecerem o próprio sangue, o patrimônio, a vida e os filhos; mas sem benefícios, Maquiavel assegura ao príncipe que os homens têm menos escrúpulos em ofender quem se faz amar a quem se faz temer, porque compreende que o amor é mantido por vínculos de gratidão (dependência) que se rompem quando deixam de ser necessários, porquanto os homens são egoístas, sendo que o temor é mantido pelo medo do castigo; nunca pela falha.

²⁷⁷ “Todos sabem que é louvável em um príncipe manter a palavra empenhada, e viver com integridade e não com astúcia. No entanto, a experiência de nossos dias mostra que os príncipes que tiveram pouco respeito pela palavra dada puderam com astúcia confundir a cabeça dos homens e chegaram a superar os que basearam sua conduta na lealdade”(in **O Príncipe**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001, p.102).

A essa postura maquiavélica iria reagir veementemente Erasmo de Rotterdam (1466-1536), ao traçar *os deveres cristãos* do Príncipe, em repúdio ao indiferentismo moral e religioso de Maquiavel. O pensador observava que, pelo lugar que o Príncipe ocupava na sociedade, sua mínima falta de honestidade iria inspirar a homens que estivessem na iminência de se corromperem; daí a importância e a imprescindibilidade de o Príncipe, ele mesmo, tal como os súditos, obedecer às leis, obedecer à Lei de Cristo, seu Rei, o que impõe à sua ação uma limitação ética, numa tentativa de reaproximar entre a Moral e a Política, preconizando que *o bem-estar da coletividade afigurava-se o dever central da atuação do Príncipe* que, no exercício de seu poder, deveria seguir a *justiça*, não usar de violência, não roubar, não vender os cargos e não se deixar corromper. Se falhasse nesse ofício, teria de prestar contas com o seu Deus e este poderia ser mais severo que o próprio titular do poder político (tendo aqui em mente a severidade do castigo).

Mas, veja-se que, na centralidade da proposição de Erasmo de Rotterdam, também não está a pessoa humana, mas a coletividade e o poder político, à medida que o bem-estar da coletividade afigura-se o dever central da atuação do Príncipe, postura que não envolve nenhum reconhecimento de uma esfera de liberdade inviolável do indivíduo.

No curso da afirmação da supremacia do poder real, despontou, também, o pensamento de Lutero (1483-1546), enfatizando a questão da liberdade religiosa, compreendendo o ato de fé como um ato de liberdade, na medida em que ninguém está obrigado a crer, colocando em causa a autoridade do poder em confronto com a liberdade. Em Lutero, não há intermediários entre o Criador e a criatura; o Papa e a Igreja Católica não exercem qualquer atividade mediadora entre a palavra de Deus e o homem, perdendo, aqueles, o monopólio de sua interpretação.

Em decorrência dessa postura, também o Príncipe não se achará mais vinculado à palavra do Papa e da Igreja Católica, mas sua vinculação se dará imediatamente a Deus, legitimado que está a agir por uma espécie de *delegação*, uma autoridade mandatária, como um procurador, dependente de sua soberania e, portanto, vinculada pelo *dever de proteger os súditos* (deveres de proteção) e de promoção da paz.

Toda a sua atuação, vinculada que estava ao dever de obediência direta a Deus pelo temor quanto às sanções que um desvirtuamento dessa teleologia pudesse provocar depois de sua morte, numa espécie de prestação de contas, seria determinante de que o Príncipe agisse, ainda, *ilimitadamente*, mesmo que encontrasse na sua relação com Deus o seu fundamento.

Em Lutero (1600), irá se consolidar a Revolução Científica, iniciada pelos trabalhos de Copérnico nos idos de 1500, caracterizada por uma profunda crise, já deflagrada no século anterior, nas instituições e crenças religiosas dominantes na vida dos povos europeus, crise que, de tão profunda, acarretou uma divisão no Catolicismo Romano que lhe arrebatou, em definitivo, o domínio de extensos territórios e de grandes populações.

A Reforma Protestante (à época, compreendida como uma subversão pelo Catolicismo) iniciada por Lutero e adiante apoiada por príncipes da Alemanha, e estendida à França por Calvino, provocou guerras religiosas cruentas e duradouras que encontraram seu ápice no Século XVII, com a *Guerra dos Trinta Anos*, envolvendo toda a Europa Ocidental.

A crise de que acima falamos culminou com o esgotamento da ciência tradicional (aristotélico-escolásticos), ao tempo, ainda sustentada pela Igreja, culminando com o repúdio a todo aquele conhecimento transmitido de forma não crítica, apenas com base na autoridade dos sábios e da Igreja Católica. É dizer, crenças e autoridades tradicionalmente seguidas e respeitadas passaram a ser questionadas e abandonadas, fazendo nascer um ambiente de dúvidas e de incertezas, com valorização cada vez maior da capacidade cognitiva da consciência individual.

Sem embargo, Lutero irá afirmar a natureza racional da lei; a lei, assim, dotada de toda a racionalidade, constitui, ela mesma, enquanto *produto da razão*, em sua absoluta supremacia, o fundamento de todo o Direito; sem lei não é possível existir nem reino nem governo. Os homens devem obedecê-la - pena de praticarem um pecado tão grave quanto o homicídio -, porquanto sua autoridade tem seu fundamento em Deus, a quem devem não só obediência, mas, também, reverência: obedecer às leis é, ao mesmo tempo, obedecer a Deus.

Se Lutero parece defender um *Estado de Obediência*, em que o Príncipe detém um poder ilimitado, devendo se pautar de acordo com o seu temor reverencial a Deus, Tomás Morus (1478-1535)²⁷⁸ irá retomar o pensamento humanista de Marsílio de Pádua, ao descrever, criticamente, um *modelo ideal* de sociedade existente numa ilha

²⁷⁸ Cristão medieval fervoroso e de carreira política intensa. Em 1518, foi nomeado membro do Conselho Secreto, por Henrique VIII, tendo acompanhado o Rei em toda a sua luta contra a Reforma, defendendo a Igreja Católica; porém, abandonou o cargo quando o soberano se divorciou, porque não concordava com o divórcio. Foi preso em 1534 e morto em 1535, por ter se recusado a prestar juramento ao rei como chefe supremo da Igreja Evangélica da Inglaterra. Em 1935, foi canonizado pela Igreja Católica, sendo, ainda, cultuado pela Revolução Russa, por suas ideias expressas em sua obra *A Utopia* (Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&MPocket, 2010).

imaginária chamada a *Ilha da Utopia*, ideia que, adiante, irá fornecer, em larga medida, as bases tanto do pensamento *rousseauneano*, em termos de Democracia, como do Socialismo dos Séculos XIX e XX e da própria Doutrina Social da Igreja (a fomentar o Estado Social ou Estado do Bem-Estar).

Tomás Morus, contemporâneo da fase inicial do modernismo, especialmente pela causa humanista que advogava e sua repercussão sobre o tema solidariedade, é o pensador inglês que “*representa o processo contra a injustiça social e a esperança na redenção do homem*”.²⁷⁹

Tomás Morus se ligou aos grandes nomes do Século XVI, vindo a sofrer forte influência de pensadores daquele período, dentre os quais, John Morton, Cardeal e Arcebispo de Canterbury, uma das grandes figuras da Renascença Inglesa, Grocyn, e John Colet, determinantes na formação de seu caráter e de seu humanismo.

Em *A Utopia* Tomás Morus configura uma crítica fundada em um equívoco proposital entre tudo aquilo que o autor acredita e aquilo que, ao revés, são os ideários, os valores e os conceitos defendidos pelo narrador da sociedade utopiana.

Morus imagina o “*ou-topos*”, algo que não existe, o inalcançável, o não-lugar, lugar nenhum, relativizando de forma clara o que busca ser uma sociedade *utópica* ou mesmo um sonho de sociedade.

A Utopia de Tomás Morus é uma ilha, em tese, afastada do continente europeu, onde o português Rafael Hitlodeu, um dos personagens, teria ido parar depois de embarcar numa das viagens de Américo Vespúcio, relatando, no seu retorno, o que viu por lá.

A obra, como observa Paulo Otero²⁸⁰, concentra um intencional equívoco, mas que, em contrapartida, faz consentir que existe uma porção de instituições que Tomás Morus desejaria, em efetivo, ver implementadas nas praticas sociais em outros países.

A Ilha da Utopia cuida-se de uma sociedade *ideal*, inatingível, que traduz um estado de bem-estar dos seres humanos, em um relato com um tom irônico na sua descrição. Sua capital, *Amaurotum* ou *Amaurota* (“cidade do sonho”)²⁸¹, é banhada por um rio sem água (“Anidro”)²⁸²; seus cidadãos são *alopolitas* (“cidadãos sem cidades”,

²⁷⁹ FRANCO, Afonso Arinos de Melo *et al.* Outros, in *O Renascimento*. Apresentação de Edson Mota. Rio de Janeiro: Agir - Museu Nacional de Belas-Artes, 1978, p. 26.

²⁸⁰ In *Instituições Políticas e Constitucionais*, p.160.

²⁸¹ *A Utopia* (Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&MPocket, 2010, p.71).

²⁸² *A Utopia* (Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&MPocket, 2010, p.71).

governados pelo príncipe *Ademos*, aquele que não tem povo), e seus vizinhos são os *Achorianos* (“homens sem país”).

De franca inspiração na República, de Platão (*a República perfeita*), a obra de Tomás Morus também se desenvolve em forma de diálogo. Tudo é sarcasticamente primoroso e impecável na tal sociedade ideal: a Ilha da Utopia tem 54 cidades, grandes e magníficas, onde todos falam a mesma língua e respeitam as mesmas leis. A Utopia corresponde, em boa verdade, a uma *grande família*, isso pelo fato de que tudo o que nela é produzido é igualmente dividido entre todos que compõem a sociedade, denotando um esforço comum, uma distribuição material justa e cooperação entre os seus membros.

Daí a inexistência de assaltantes e de mendigos²⁸³, o que, nesse contexto, seria uma estupidez. Há franca fartura e pleno emprego; ninguém trabalha nem mais nem menos que o outro, para que ninguém reste sobrecarregado. Seus *escravos* não são nem prisioneiros de guerra - exceto os soldados capturados numa guerra em que a Utopia for atacada - nem os filhos dos escravos, nenhum daqueles submetidos à escravidão²⁸⁴. “Seus princípios religiosos são os seguintes: a alma é imortal; a bondade de Deus a destinou à felicidade”.²⁸⁵

Bem de ver, o que Tomás Morus faz é uma crítica social em torno da abolição da propriedade privada²⁸⁶, pois, com ela, a igualdade seria impossível, na medida em que a propriedade privada é avessa à comunhão de bens, postura que leva alguns doutrinadores a considerá-lo como um dos fundadores do Socialismo, porém, nada que se possa afirmar com o Totalitarismo ou com o Socialismo Russo e seus horrores.

Em sentido contrário, as ideias de Tomás Morus buscam apontar para uma leitura de liberdade sob outro viés, a liberdade material, porque a Ilha da Utopia é caracterizada pela plena satisfação de todas as necessidades materiais de todos os indivíduos, sem

²⁸³ *A Utopia* (Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&MPocket, 2010, p.99).

²⁸⁴ *A Utopia* (Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&MPocket, 2010, p.113).

²⁸⁵ *A Utopia* (Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&MPocket, 2010, p.92).

²⁸⁶ Propriedade que, mais tarde, Jean-Jacques Rousseau (in *Discurso sobre a Origem e os Fundamentos das Desigualdades*. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&MPocket, 2011) irá afirmar como a genealogia das desigualdades morais e políticas, sustentando que, no estado de natureza, estas inexistiam. O autor observa dois tipos de desigualdades humanas, uma natural ou física, estabelecida por natureza, e diz respeito às diferenças de físico, de idade, e das qualidades do espírito e da alma, e aquelas que reputa morais ou políticas, estabelecidas por convenção ou, pelo menos, autorizadas pelo consentimento dos homens. Sustenta que é a propriedade privada a fonte das desigualdades entre os homens, dizendo que: “desde o instante em que um homem teve a necessidade do auxílio de outro, desde que se percebeu que era útil a um só ter provisão para dois, a igualdade desapareceu, a propriedade se introduziu, o trabalho se tornou necessário e as vastas florestas se transformaram em campos viçosos que era preciso regar com o suor dos homens, nos quais logo se viu germinar e crescer a escravidão e a miséria com as colheitas” (op.cit., pp.88-89).

degradação (aparente) da pessoa humana, em uma conformação de acordo com essa leitura, postura da qual se extraem efetivas preocupações para com o bem-estar material de todos como integrante da própria dignidade da pessoa humana.

Sim, pois, cada casa tem uma porta principal que dá acesso para a rua, e uma porta dos fundos que permite livre entrada e saída. Cada cidade é governada por um Príncipe que detém um cargo vitalício. Os *uto pianos*, além de serem todos agricultores, aprendem determinados ofícios (são tecelões, pedreiros, oleiros e carpinteiros), mas as mulheres trabalham nos serviços mais leves (por exemplo, na tecelagem). Embora não haja propriedade privada, as casas podem abrigar um mínimo de quarenta adultos e até dois escravos (presos) vinculados aos trabalhos na terra; as roupas são produzidas por eles mesmos e se mantêm uma padronagem; poucas coisas distinguem as mulheres dos homens, casados e solteiros; as roupas permitem uma grande liberdade para o corpo, deixando-o inteiramente à vontade, sendo tanto adequadas ao verão como ao inverno.

Na Ilha da Utopia, apenas seis horas são dedicadas ao trabalho, sendo três horas de serviço pela manhã, almoço, duas horas de repouso, mais três horas de trabalho à tarde, e, por fim, o jantar, findo o qual os *utopianos* vão para a cama, isso por volta das oito horas da noite, e dormem em torno de oito horas.

O restante do tempo livre, eles dedicam ao que quiserem, conquanto não se entreguem à ociosidade. Têm o *dever* de se ocupar. Esses períodos são, em grande parte, utilizados pela população da Ilha no aperfeiçoando de sua educação, porque existem muitos cursos públicos que se iniciam mesmo antes do nascer do sol, cujo comparecimento é voluntário.

O consumo da alimentação é rigorosamente tutelado pelas autoridades de cada cidade, mas, como a produção acaba sendo sempre tão farta, muitas vezes são divididas entre as outras cidades.

Ostentação e luxo são coisas que não existem na Ilha. Aliás, no *não-lugar*, não se usa dinheiro, apenas no caso de uma eventual extrema necessidade. A par do ensino, todos os demais direitos sociais inerentes à saúde são gratuitos, como hospitais, médicos e medicamentos, embora sejam pouco procurados, pois as pessoas, em geral, são bastante saudáveis. Por lá, todos os que praticam crimes realmente graves são forçados a usar anéis de ouro nas orelhas e nos dedos, um colar de ouro no pescoço e até uma coroa de ouro na cabeça; isso porque os *utopianos* fazem o possível para tornar esses metais desprezíveis. Aqueles que os usam, são dignos, portanto, de desprezo.

Não existem tavernas, cervejarias, bordéis, oportunidades para a sedução ou lugares propícios aos encontros secretos, e a razão ensina, em primeiro lugar, o amor e a reverência diante de *Deus todo-poderoso*, a quem devemos a existência e a possibilidade de alcançar a felicidade; em segundo lugar, ensina-nos a passar pela vida com o máximo de conforto e alegria, *e a contribuir para com os nossos semelhantes tenham igual destino*.

No curso do relato, o enredo vai mostrando que, fora da Ilha da Utopia, em todos os demais reinos e países, aqueles que falam em *interesse geral*, só exercem mesmo a retórica (remontando à postura sofística), porque só pensam no próprio interesse.

O que se verifica, de modo reiterado, é que os ricos diminuem todos os dias fora do território utopiano, o salário dos pobres, mediante o manejo de habilidades e artimanhas, em franco abuso das pessoas, comprando ao preço mais baixo possível o seu trabalho ou engenho, em procedimento *legitimado pela lei*, usada, nessa perspectiva, como Direito válido, como instrumento de dominação e repressão social, convolvando o manejo dessas habilidades e artimanhas dos abonados em vontade do Estado, travestindo de *vontade geral a vontade do poder*.

A sociedade utopiana é, nessa senda, uma alternativa, uma sociedade construída sob todo um quadro que repudia injustiças sociais, já que nela ninguém possui nada de seu e todos os governantes se ocupam seriamente da coisa pública, porque *o bem particular nela se confunde com o bem comum*: a Ilha da Utopia se estrutura no primado da igualdade material e é vista como a única maneira de organizar a felicidade pública.

Sem embargo, ela não traduz, ao nosso modo de ver, uma leitura adequada da pessoa humana e sua dignidade imanente e, tampouco, de solidariedade. Em que pese Tomás Morus ter equacionado, na sua descrição da Ilha da Utopia, a questão social e do bem-estar material, a tal sociedade ideal esteve muito distante de atentar para a integralidade dos elementos essenciais ao homem e que são igualmente constitutivos de sua dignidade, a principiar pela liberdade, que, embora tenha uma dimensão econômica, não se restringe a ela. A condição humana não se reduz à Justiça Social nem à Justiça Distributiva.

A Ilha da Utopia olvidou da essência individual do homem; de sua indissociável liberdade de escolher o seu destino e seus fins, segundo o que ele próprio determinar para si; bem por isso, em aversão ao conteúdo da própria dignidade, confundiu o bem particular com o *bem comum*, o que implica negar ao ser humano a prerrogativa de se autodeterminar, de escolher o seu destino e de arcar com as consequências dessa escolha

(responsabilidade). Tratou com primazia a dimensão social do homem, esquecendo-se por completo que o ser humano é, primeiramente, ele próprio e que só a partir dessa premissa é que se pode falar em dignidade e, por conseguinte, em solidariedade.

Em realidade, não enxergamos na Ilha da Utopia uma verdadeira solidariedade, porque nela não há margem de autodeterminação do indivíduo, dissolvido que está numa ideia de *coletividade ideal*. Demais disso, a solidariedade, antes, pressupõe o reconhecimento de o ser humano definir seus próprios fins, a liberdade de autodeterminação e a responsabilidade, ideias que estão bem distantes da Ilha da Utopia.

Nela, o fundamento e os fins do indivíduo também encontram sua centralidade no poder, ainda que ele proclame boas intenções de bem estar, descortine uma faceta importante da própria liberdade, a econômica, e sublinhe o papel social e a necessidade do esforço de todos na construção do *bem comum*.

Nada impede, porém, de ressaltar o que de relevante esse modelo contribui para a afirmação da solidariedade, porque, no modelo utopiano, todos os homens devem se ajudar reciprocamente para que todos satisfaçam plenamente, numa perspectiva de igualdade material, as suas necessidades. Os utopianos dão ênfase não só a isso, mas ao dever de participação política das famílias nos negócios públicos e o paradigma utópico se destaca por ser um modelo estatal cuja finalidade é o bem-estar social, apesar de desprezar outros aspectos, inclusive imateriais, que, primeiramente, integram a condição humana.

Tomás Morus parece defender que a natureza quer o bem-estar de todos ou que ele seja igualmente dividido entre todos os membros do gênero humano, ao mesmo tempo em que apresenta, por assim dizer, uma crítica no sentido de que não devemos perseguir apenas interesses particulares a custas da infelicidade alheia, e que devemos nos empenhar em prol do bem de nossos semelhantes.

Sem prejuízo da reflexão que a obra suscita e sem qualquer preocupação de verificar se Tomás Morus acreditava ser possível uma tal sociedade perfeita; se pensava ou não conforme os relatos de seu personagem Rafael sobre a *Ilha da Utopia*, não é necessário grande esforço para perceber que o *homem utopiano* - ao contrário do *homem isolado* de Protágoras que, pelo menos, era de carne e osso, concretamente pensado - parece ser apenas um gênero, uma ideia, uma “forma” (protótipo) de homem (uma coletividade de *soldadinhos de chumbo*, cuja existência individual não tinha a menor relevância).

Em que pese a plena satisfação de todas as necessidades materiais desse cidadão da *Ilha da Utopia*, ele é, no plano concreto e da realidade individual, totalmente descaracterizado, notadamente, no que respeita à liberdade jurídica; no que concerne à sua capacidade de autodeterminação, ao seu livre arbítrio (circunscrito à escolha da profissão), às suas necessidades individuais, inclusive às de ordem psicológica, moral, daquelas ligadas à dimensão espiritual do ser humano, aos seus sonhos, às suas aspirações, aos seus projetos pessoais de vida, tudo em razão do apelo utópico a uma intervenção pública tão forte que remete à República de Platão num certo sentido.

Depois, mesmo no paradigma de perfeição da *Ilha da Utopia*, observe-se que nesse ideal de sociedade, permitia-se que um homem se servisse de outro homem como instrumento, pois admitia a escravidão, ainda que mitigada, tudo a configurar um modelo político contrário à própria ideia de pessoa. Além disso, admitia tratamento degradante ao ser humano “capturado na guerra” ou que não seguia suas regras, impondo-lhe o uso de metais estigmatizantes repudiados pelos utópicos.

Para além disso, sequer haveria necessidade de *o utópico* aperfeiçoar o seu conhecimento, desenvolvendo, assim, sua personalidade - mesmo voluntária e gratuitamente - porquanto tal aperfeiçoamento não teria qualquer aplicabilidade no que respeita à sua realização pessoal. Ademais, para que aperfeiçoaria o que já era perfeito, à medida que todas as necessidades materiais de todos os indivíduos estariam, num tal sistema, absolutamente satisfeitas?

A sociedade ideal da *Ilha da Utopia* caracteriza-se por ser um modelo de Estado que, se de um lado, valorizando a dimensão social e a vivência coletiva do homem, buscando realizar a igualdade material e o bem-estar, segundo um modelo de plena satisfação de todas as necessidades materiais de todos os concidadãos, sinalizando para um esforço coletivo nessa construção, tal modelo caracteriza, também, e ao mesmo tempo, um padrão de *Estado de não-liberdade*, um protótipo *asfixiante* de um bem-estar predeterminado que, embora não tirânico ou totalitário, despreza a condição de pessoa e nega a ela parte expressiva de sua dignidade (em sua acepção de um ser humano como um todo em si mesmo, detentor de toda a humanidade, e como uma substância individual, dotada, em essência, de liberdade, e com aptidão para definir o seu sentido de felicidade de conformar o seu destino). No modelo de sociedade ideal utópico, a escolha da felicidade também é colocada inteiramente nas mãos de terceiro que, agora, já não é um *Deus, o todo poderoso*, como no paradigma teológico, ou como da vontade

dele imediatamente decorrente, mas nas mãos do Estado, de um órgão centralizador que define o sentido de felicidade para toda a Utopia.

A *Ilha da Utopia*, ao fim e ao cabo, esboça um modelo sufocante de liberdade, pois não permite a cada um definir o seu destino, ser autorresponsável, nem arcar com as consequências de suas próprias escolhas, muito embora seja um protótipo societário voltado e apto a suprir as necessidades materiais e até, de certo modo, imateriais do gênero humano, realizando, em última instância, os fins de toda comunidade política, mas, em nenhuma hipótese, os fins individuais eleitos por cada indivíduo.

Veja-se que, na sociedade ideal utópica, o homem acaba funcionalizado, mesmo que o objetivo seja dos mais nobres possíveis: o *bem comum* de todos (plena satisfação material de todos). Entretanto, tal funcionalização não se compraz com a ideia de condição de pessoa humana e sua dignidade inviolável, que reclama e exige liberdade de decisão individual não sujeita a um padrão oficial ditado por um reino, por um governante ou pelo Estado.

A liberdade, vista como expressão da própria felicidade e da capacidade de conformar o futuro segundo o nosso próprio entendimento, conforme pensada por Giovanni Picco Della Mirândola, sem embargo de essa felicidade poder ser alcançada não só por meio da liberdade, questão que, por ora, fica em aberto - não comporta funcionalização.

Como bem observa José Carlos Vieira de Andrade²⁸⁷ ao discorrer sobre os deveres fundamentais, a liberdade não é algo conferido ao indivíduo para a persecução de determinados fins sociais, “*que forneceriam os critérios de concretização de seu conteúdo e de controle do seu bom exercício*”.

A obra de Tomás Morus, em outro giro, não deixa de ser paradigmática, porque nos defronta com um modelo de sociedade em que a dignidade humana se restringe basicamente ao bem-estar, ao *ter*, e isso, para os *utopianos*, é a felicidade; um modelo social que se estrutura sob a igualdade substancial e que se perde nessa mesma dignidade por desconsiderar as diferenças e outras formas de concretização da felicidade (o *ser* em sua plenitude material e imaterial).

O modelo utópico preestabelece os padrões de felicidade, certamente, partindo de uma supervalorização da dimensão social do homem, olvidando que a parte vem antes do todo, que a condição humana não pode desprezar a ideia de pessoa antes como ser

²⁸⁷ In *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2006, p.165.

único e irrepetível, na irrefutável realidade de que cada ser, cada indivíduo, é um universo em si, um mundo em si, cujo respeito e promoção não abrem mão da liberdade individual, inclusive com primazia sobre a sua sociabilidade.

A dignidade humana não se contenta com a igualdade material, ao mesmo tempo em que não a dispensa, e a Ilha da Utopia nos coloca essa reflexão. O conteúdo da liberdade é, e só pode ser, como parte da dignidade humana, - algo, portanto, que não se pode afirmar como absoluto, porque a sociabilidade natural do ser humano impõe responsabilidades nos campos políticos, econômicos, sociais e culturais, em prol da segurança, da justiça e do progresso²⁸⁸ -, determinado pelo seu titular, no que concordamos integralmente com José Carlos Vieira de Andrade, “*presumindo-se que abrange todas as situações ou formas de exercício que não estejam inconstitucionalmente proibidas*”, inclusive a liberdade de não agir.

Em outras palavras, não compete a nenhuma ordem político-jurídica definir e decidir, *previamente*, o conteúdo da *felicidade* para o indivíduo, camuflando seu agir com o rótulo de *interesse público* identificado com o *bem comum*, embora se defenda que o Poder Político pode e deve auxiliar o ser humano, em cada extrato da vida social (e sua dimensão social diz que ele é o primeiro nessa linha), a desenvolver a sua própria personalidade.

Não é o que ocorre na Ilha da Utopia, que traz ao debate a igualdade material (que almeja que o bem-estar seja igualmente dividido entre todos os membros do gênero humano), e que, como já referimos, configura apenas um aspecto ou uma dimensão da dignidade humana e, por isso, não é nem a única e nem a mais importante forma de realização da felicidade que, em nossa compreensão, se traduz como plenitude do ser humano, primeiramente individual, mas, indubitavelmente, social por natureza, o que nos leva a pensar na solidariedade não no sentido utopiano, mas como uma heterovinculação (ponto ao qual retornaremos em momento próprio), numa perspectiva de plenitude do ser e que não se reconduz exclusivamente ao bem-estar igualmente compartilhado.

Chama-nos, por outro lado, atenção, a crítica de Tomás Morus no ponto em que o autor relata que, em todos demais reinos e países fora dos domínios utopianos, aqueles

²⁸⁸ Leia-se aqui “progresso” como aperfeiçoamento gradativo e não como mera evolução. Evolução não contém necessariamente um sentido de melhora, podendo, aliás, representar a sua antítese. Tanto é que utilizamos, em medicina, como bem lembra Mario Sérgio Cortella, em palestra proferida pelo Filósofo junto ao Superior Tribunal Militar (STM), durante o Seminário de “Gestão Estratégica e Liderança”, em 16 de abril de 2012, à disposição do leitor no www.youtube.com, acesso em 16/01/2013.

que exercem o poder falam em *interesse geral*, mas só pensam em interesses próprios; ainda, quando refere que, o que se verifica, de modo reiterado, é que os ricos diminuem todos os dias fora do território utopiano, o salário dos pobres, mediante o manejo de habilidades e artimanhas, em franco abuso das pessoas, comprando ao preço mais baixo possível o seu trabalho ou engenho, em procedimento *legitimado pela lei*, usada, nessa perspectiva, como Direito válido, como instrumento de dominação e repressão social, convolvando o manejo dessas habilidades e artimanhas dos abonados em vontade do Estado, travestindo de *vontade geral* a *vontade do poder*.

Prosseguindo nossa análise, dando um passo a frente em nossa investigação no objetivo de verificar o processo de afirmação histórica da solidariedade - o que demandou uma incursão em diversos pensamentos humanistas, e outros nem tanto -, retomando-a, agora, a ruptura paradigmática operada pelo *jusnaturalismo antropológico*, em detrimento do *jusnaturalismo cosmológico* e do *jusnaturalismo divino*, na passagem do modelo feudal para o modelo estatal, verifica-se o predomínio de um modelo jurídico-político que se assenta em concepções convencionais do Estado, a principiar por aquele expresso no pensamento do britânico Thomas Hobbes (1588-1619)²⁸⁹, o primeiro contratualista e teórico do Absolutismo, em cujo contexto a ideia de liberdade e de solidariedade são diminutas.

Em Hobbes, iremos ver, como em toda Modernidade, que a razão fundamenta as leis da natureza. A força dessas leis se encontra justamente nesse substrato e são, por esse motivo, imutáveis e eternas. O primeiro contratualista em análise não aceita que uma lei natural possa ser contrária à lei divina. Entretanto, as leis naturais que englobam a *equidade*, a *justiça* e a *honra*, *obrigam o indivíduo apenas internamente*, sendo, portanto, de foro íntimo, não refletindo qualquer dever ou responsabilidade pelo destino do próximo.

Na perspectiva hobbesiana, o estado de natureza deve ser regulado pela lei da natureza e esta não é uma lei positiva ou uma *lei civil*. A lei da natureza é uma qualidade da razão humana que dispõe os homens para a paz e para a obediência.

²⁸⁹ Filósofo inglês altamente influenciado pela Reforma Protestante, ocorrida cinco anos antes de seu nascimento - Hobbes era um pessimista; escreveu, em sua autobiografia, que, quando nascera, sua mãe havia dado luz a gêmeos: Hobbes e o medo, o que explica sua crença na maldade humana original. Em 1640, quando a possibilidade de uma guerra civil na Inglaterra já era clara, Hobbes, temendo por sua vida, por ser um conhecido defensor da monarquia, viaja de volta para Paris, onde, mais uma vez, foi recebido pelo círculo de intelectuais francês. Todavia, em 1651, dois anos após a decapitação do Rei Carlos I, Hobbes retorna à Inglaterra, com o fim da Guerra Civil e o começo da “Ditadura de Cromwell” e, naquele ano, também publica a sua mais conhecida obra, “Leviatã”, que provoca o início de sua disputa com John Bramhall, bispo de Derry, o principal acusador de Hobbes como sendo um “materialista ateu”.

Somente se pode falar em *lei civil quando o Soberano a dita*, pois somente aí ela se estabelece; só então o Soberano, enquanto expressão da razão humana, poderá emaná-la e fazê-la cumprir.

Desse modo, em apertada síntese, Hobbes irá promover a separação entre *Direito Natural* e *Lei Civil*²⁹⁰. O *Direito Natural* segue a ordem da natureza, de onde emerge a lei natural, onde a liberdade é ilimitada. Cuida-se de um *Direito prescritivo*; a *Lei Civil*, a sua vez, segue a ordem social, o objetivo da lei civil; sendo ela dotada de *coerção*, subsiste em um contexto de *Direito Positivo*, onde já não significa mera prescrição, mas *norma imperativa*, uma obrigação dotada de cogência. Na visão de Thomas Hobbes, *Lei* e *Liberdade* são conceitos que não podem jamais coexistir, por serem antitéticos.

Preconizando que o homem em seu estado de natureza é livre, e tal estado até exige que cada homem não deva fazer aos outros aquilo que não deseja que façam para si próprio, Thomas Hobbes, em seu *Leviatã*²⁹¹, não exita em afirmar que, por natureza, o homem é beligerante, eis que a própria natureza humana é imperfeita e má.

O autor deduz uma série de direitos naturais que cada indivíduo possui, dos quais alguns são inalienáveis (o direito de se defender em legítima defesa, por exemplo), mas não a imensa maioria deles. Se todos os homens são iguais por natureza, isso impõe que cada um reconheça o outro como igual; mas, na mesma medida em que são iguais, também o são para efeitos de imposições, para fins de obrigações.

No estado de natureza por ele pensado, o homem não é civilizado. Vive em constante guerra de todos contra todos. O homem é o lobo do homem (*homo lupus homini*), cosoante expressão cunhada pelo autor em seu *Leviatã*. Nessa leitura, os homens fazem uma escolha (trata-se, portanto, de uma autovinculação) de obediência incondicional à autoridade política (*poder*), em detrimento da perpetuação do mal reinante no estado de natureza.

²⁹⁰ Jacoby, E.G. *In Hobbes Science of Politics*. New York: Columbia Press, 1966.

²⁹¹ O título *Leviatã* (HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Ed. Martin Claret, São Paulo, 2006) é alusivo a uma criatura mitológica, de grandes proporções, bastante comum no imaginário dos navegantes europeus da Idade Moderna. No Antigo Testamento, a imagem do Leviatã foi, pela primeira vez, retratada no Livro de Jó, cap. 41. Sua descrição bíblica é diminuta, mas, no Medievo, o Leviatã foi considerado como um demônio pela Igreja Católica. A figura mítica se justifica na obra mais conhecida de Hobbes porque nela o filósofo parte do princípio de que os homens são egoístas e que o mundo não satisfaz todas as suas necessidades, defendendo, por isso, que, no estado natural, sem a existência da sociedade civil, há necessariamente competição entre os homens pela riqueza, segurança e glória. Por esse perene estado de guerra, não pode haver comércio, indústria ou civilização, pois, em estado de natureza, a vida do homem é solitária, pobre, suja, brutal e curta. A luta ocorre porque cada homem persegue racionalmente os seus próprios interesses, sem que o resultado interesse a alguém. Em boa verdade, o *Leviatã* se caracteriza por um argumento a favor da obediência à autoridade fundada na sua análise da natureza humana.

No propósito de *autoconservação*, o homem assente, assim, por convenção, em ingressar para uma sociedade civil e a se submeter a um poder político central - o Estado -, alienando a essa entidade todos os seus direitos naturais e toda a sua liberdade em troca somente de segurança, notadamente, decorrente das leis civis, emanadas de um poder soberano, e do dever de obediência, mediante coerção.

No *Leviatã* (aquela unidade centralizadora do poder político, criada por vontade dos homens), ele desenvolve a noção de um Estado poderoso, dominante e *irresponsável*. Esse Estado seria apenas protetor da lei e da ordem social, sem que ele próprio estivesse submetido a normas jurídicas quaisquer.

O Soberano (detentor exclusivo do poder político nos desenvolvimentos hobbesianos) governava, nessa proposta, com essa autoridade que, pelo contrato social, lhe foi concedida pelo povo, para que os indivíduos fossem protegidos da violência e do caos de seu estado de natureza. Essa soberania, portanto, não constituía um fim em si mesma, mas um produto do medo.

A proteção e a defesa são, em Thomas Hobbes, o que justifica a formação da sociedade ou do Estado, isto é, a constituição de *um corpo político* que nada mais seria do que vários homens unidos em torno de uma só pessoa, por um poder comum, cuja finalidade seria a promoção da paz, a defesa e o *benefício comum*, perfilhando o entendimento segundo o qual, onde não há um poder comum, a lei não existe, e onde ela não existe, também não há justiça. Em outra formulação: a *justiça* tem como pressuposto a existência da lei; e o Estado, a força para legitimar a imposição de sua obediência.

Luís Pedro Pereira Coutinho²⁹², embora reconhecendo que isso não seja frequentemente perfilado, enxerga em Hobbes uma proposta de uma concepção de justiça, eis que nele a *justiça* é pensada como *poder*, uma justiça fundada numa certa acepção da natureza humana, *um poder que os homens hão-de obedecer, concordante com aquilo que o homem é*²⁹³, numa ruptura com qualquer ordem cosmológica,

²⁹² COUTINHO PEREIRA, Luis Pedro. *A Autoridade Moral da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2009, p.21.

²⁹³ Isso em alusão ao fato de que Hobbes elaborou, segundo o magistério do autor (op.cit., pp.22-24), uma construção de base científica pioneira, pois, ao contrário da tradição aristotélica-tomista, procurou dar à filosofia moral e à política uma base científica. Embora grandemente tributário de Maquiavel - que o autor reputa o primeiro a formular uma ciência dos assuntos humanos baseada numa ciência do homem, descrente em sua perfeição e na finalidade do homem -, Luis Pedro Pereira Coutinho sustenta Hobbes acabou por superar Maquiavel, especialmente, no que concerne aos propósitos da construção hobbesiana e que, por conseguinte, se projetam na estrutura e nas consequências de sua construção, na medida em que, o que está em causa no *Leviatã*, não é apenas um “manual do governante” a ensinar ao novo príncipe como ele deve governar e como ele deve viver, legitimado que é ao uso de qualquer meio e qualquer

metafísica, divina ou cultural; antes, uma ordem centrada em pressupostos antropológicos a partir da identificação daquilo que move o homem; daquilo que é natural das inclinações humanas, que, em Hobbes, é a autopreservação no sentido mais estrito do termo, o que torna a existência humana impossível no estado de natureza, um estado deduzido das paixões, em que cada um só descansará perante subjugação dos outros.

Dito de outro modo, sem um poder centralizado ou um poder comum, todo homem, se conservasse a sua liberdade, se legitimaria à autotutela na leitura hobbesiana, sendo necessária a eliminação de qualquer poder capaz de ameaçar a sua segurança. Assim, em sua proposição contratualista, Thomas Hobbes preconiza que cada homem deve abrir mão de governar-se a si mesmo e deve colocar esse poder nas mãos de um terceiro, o Soberano, já não lhe sendo mais lícita a desobediência, tampouco uma exigência de liberdade oponível ao poder: *a vontade da maioria*, nessa estipulação contratual, *faz sucumbir toda e qualquer vontade individual* e torna injusta toda a pretensão à resistência.

Na proposta contratualista hobbesiana, com a unificação do Absolutismo no indivíduo e no grupo, a vontade do Soberano pode se impor pela força aos súditos, inclusive ser infligida pelo terror, no propósito de *ordenar* a vida social, sendo possível e desejável que se infunda, a ferro e fogo, se necessário for, a concórdia e a unidade, por meios coercitivos estabelecidos pela *lei civil*, ditada por esse poder Soberano.

Pelo poder de coerção ilimitado - somente condicionado à lei e à vontade do governante -, o Estado inspira tamanho temor que, pelo medo do castigo, impele a vontade dos súditos para a paz.

Em boa medida, Hobbes se inspira profundamente nas ideias difundidas por Nicolau Maquiavel, conforme acima concisamente delineadas. Porém, o modelo estatal proposto por Thomas Hobbes já não se trata de uma agenda prescritiva de governo ou de como governar, mas de um modelo contratual visando à preservação da vida em sociedade, por meio de um poder centralizador. Cuida-se de uma Teoria de um Estado que promove essa preservação da vivência social por meio da lei, apta a infundir o pavor como efeito pedagógico. A *lei*, aqui entendida como o Direito Positivo, é

força, de acordo com uma postura sintética maquiavélica lançada em *O Príncipe*; Hobbes quer mais do que isso: ele almeja uma determinação científica de governo, em que ganha relevo a configuração do poder político e, ao mesmo tempo, procura uma definição das relações dos homens com esse poder, designadamente lastreada em deveres, que constitui, em verdade, um modelo que expressa exatamente a ausência de qualquer poder de parte do homem no objetivo de autopreservação. Daí uma identificação da *justiça* com o *poder*.

cumprida pelo horror, pelo medo dos meios de coação - “*exercendo uma função essencialmente repressiva*”²⁹⁴-, meios, destarte, não informados por quaisquer critérios legais de proporcionalidade ou de humanidade, configurando um modelo inspirador dos Estados Totalitários do Século XX, no aspecto de legitimação da crueldade, de repúdio à liberdade e de perpetuação no poder a qualquer custo.

Distante de qualquer dimensão religiosa ou moral que não a evidenciada na própria realidade e na existência humana, no Soberano hobbesiano, o despotismo aparece em grau máximo, com a pretensão de que os súditos lhe transfiram tudo, inclusive a consciência.

Por corolário lógico, não há espaço nesse modelo jurídico-político, para falar em reconhecimento de pessoa humana e de sua dignidade, como titular, em face dessa condição, de uma esfera de liberdade inviolável, irrenunciável, oponíveis ao próprio Estado, nem de direitos fundamentais, tampouco de justiça efetiva ou de solidariedade; embora subsista, no referido modelo, uma ideia de segurança e de autopreservação que são essenciais ao ser humano. Entretanto, a pretexto de garanti-las, o Estado Absolutista se transformou, paradoxalmente, no Estado de insegurança pelo medo. Em verdade, o Estado hobbesiano se circunscreve ao dever de obediência à lei, propício à dominação e à opressão, mas que, em qualquer caso, configurou uma proposta bastante útil às intenções da expansão da burguesia, que não podia prescindir da separação do Poder Político do Poder Religioso.

E, como ainda bem observa Luis Pedro Pereira Coutinho²⁹⁵, “*aquele que é compelido a obedecer ao poder exclusivamente por razões de autopreservação no sentido mais estrito, contrariando, eventualmente, aquilo que o move moralmente, perderá, inevitavelmente, as bases que lhe permitem o autorrespeito...*”. O autor português sustenta que o homem é dotado de uma identidade e de uma autocompreensão, o que determina que ele apresente, perante os outros homens e perante o poder, “*uma pretensão de autorrespeito, a pretensão de não ser coagido a desrespeitar-se naquilo que identitariamente se deposita, em que moralmente se move*”²⁹⁶, o que nos permite sustentar o modelo hobbesiano como uma configuração estatal absolutamente desumana, por negar a liberdade, por desvirtuar a justiça e o

²⁹⁴ OTERO, Paulo, in *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. Lisboa: Pedro Ferreira, 1998, V. I, Tomo I, p.59.

²⁹⁵ COUTINHO PEREIRA, Luis Pedro, in *A Autoridade Moral da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2009, p.25.

²⁹⁶ COUTINHO PEREIRA, Luis Pedro, in *A Autoridade Moral da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2009, p.26.

Direito, por negar, propriamente, a condição humana, tanto em sua essência individual, notadamente a liberdade, como na sua dimensão social (e uma visão apropriada de justiça).

Já na avaliação do autor retrorreferido, esse modelo, estruturado em “*um poder ‘nu’, constitui uma aberração teórica, uma impossibilidade antropológica, face à natureza não bestial dos homens e ao poder político capaz de convocar a obediência dos homens*”, de sorte que a Monarquia Absoluta pensada por Thomas Hobbes, na sua compreensão, jamais existiu, na medida em que a história somente nos mostrou Monarquias Absolutas lastreadas numa fundamentação transcendente do poder real, e não na mera existência de um poder “nu” ou de um poder meramente temido²⁹⁷, sublinhando que o Soberano pretendido por Thomas Hobbes não tinha qualquer apoio da sociedade que, em tese, convencionou o seu poder centralizador, o que justifica sua impossibilidade antropológica.

Neste aspecto, também irá concordar Jorge Reis Novais²⁹⁸, por acreditar que nem mesmo o poder real surgiu desamarrado de qualquer ideário legitimador; antes, nasceu equacionando uma fundamentação racional, em que o Monarca deveria ser o primeiro servidor do Estado, ao qual se atribuía a obrigação de tudo fazer para prover a felicidade e o bem de seus súditos.

O mesmo paradigma carente de liberdade informou o pensamento de autores como Jacques Bossuet (1627-1704)²⁹⁹, Jean Bodin (1530- 1596)³⁰⁰, Hugo Grotius (1530-1596)³⁰¹ e outros, que aqui vão apenas referidos, pois, do contrário, outros desenvolvimentos levariam nossa análise do processo de afirmação histórica da solidariedade a uma dimensão faraônica, invencível e alheia à proposta deste estudo e do próprio capítulo, pensando apenas sobre a compreensão da solidariedade desde seus

²⁹⁷ COUTINHO PEREIRA, Luis Pedro, in *A Autoridade Moral da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2009, pp.26-27.

²⁹⁸ NOVAIS, Jorge Reis, in *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: Do Estado Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, pp. 26 e s.

²⁹⁹ O pensador em testilha cuidou da educação do filho do Rei francês Luis XIV. Defendeu fortemente a teoria do direito divino dos reis. Suas obras foram *Memórias para Educação do Delfim e Política*. Para Bossuet, a autoridade real era sagrada. O rei agia como ministro de Deus na terra; logo uma rebelião contra o rei seria o mesmo que uma rebelião contra Deus. Seu pensamento teve forte influência na dinastia francesa dos Bourbons.

³⁰⁰ Sua obra foi *A República*. O autor defendia a ideia da soberania não-partilhada, ou seja, o rei pode governar sem a interferência ou restrição de alguém, pois ele teria o poder de legislar sem a permissão de outros.

³⁰¹ Desenvolveu suas principais ideias em *Do Direito da Paz e da Guerra*. Embora comente sobre direito internacional, ele se releva com ideias semelhantes aos demais teóricos já referidos, no que tange à defesa de um governo despótico, com poder ilimitado para assim não haver o caos político na sociedade.

primeiros informes e expressões até a sua constitucionalização e consagração em nível internacional como princípio da ordem jurídica.

Do exposto, importante, ainda, é enfatizar, que os pensamentos maquiavélicos e hobbesianos serviram aos propósitos do liberalismo capitalista burguês, cujo objetivo de livre circulação de mercadorias exigia a *laicização* do poder político, liberando-o do jugo da Igreja, bem como a consolidação do Estado Nacional, de fato e de direito, onde deveria se concentrar o poder centralizado apto a definir os fins de todos os súditos.

Esse Estado Nacional, vale não perder de vista, teve duas fases distintas: na primeira, o Estado era tido como um patrimônio do Soberano (a fase patrimonial), onde este ainda era tido como uma encarnação do poder divino³⁰²; e, na segunda, o Estado se apresenta como Estado Polícia, que substitui a fundamentação divina por uma justificação racional³⁰³, a partir da qual se entende que o Estado pode livremente intervir na esfera privada dos indivíduos para protegê-los, abrindo-se, aí, caminho para a atividade tributária.

Necessário frisar que essa segunda fase do Estado Absolutista - o *Estado Polícia* -, surgiu justamente porque o poder absoluto dos reis passou a ser questionado e foi perdendo, de certa forma, a sua função (já que separado da Igreja), à medida que o movimento humanista passou a exercer influência nas sociedades ocidentais, quando vieram, concomitantemente, as pressões sobre os Estados Absolutistas, calcados em forças divinas para conduzir suas ordenações jurídicas de forma a proteger os indivíduos contra as intervenções e agressões do próprio Estado e da Igreja.

Ademais, como tivemos a oportunidade de ver, a sociedade ocidental passou a contar com aqueles novos atores que não a Nobreza e o Clero, mas o povo e, nesse contexto popular, a *burguesia*, que acumulava capital e que financiou os reis nas lutas separatistas da Igreja, notadamente, endividando-os.

Mas o projeto não estaria implementado só pela dicotomia Igreja *versus* Estado. Essa nova composição social em que se inscrevia a burguesia exigia mais que a superação da ordem medieval e a existência de Estados Nacionais (laicos e soberanos),

³⁰² Ernest Kantorowicz (in *The King's Two Bodies - A Study in the Medieval Political Theology*. (Princeton: Princeton University Press, 1957, p. 7 e s.) enfatiza esse poder real de origem divina na primeira fase do Estado Absolutista).

³⁰³ Segundo Wambert Gomes Di Lorenzo (in *Teoria do Estado de Solidariedade*. Porto Alegre: Elsvier Editora, 2010, p.6). De acordo com o autor, é nesse período que “ressurge a ideia romana de *fiscus*, na qual o Estado assumiu capacidade jurídica, podendo, entre outras coisas, contrair obrigações contratuais com os indivíduos”.

porque esses novos atores sociais tinham um propósito firme: ampliar o capital, para eles, sinônimo de poder, e não o patrimônio imobilizado.

Para viabilizar seus propósitos, era, ainda, necessário conter o próprio *Leviatã*, impondo-lhe *limites*; separar o Estado da Sociedade Civil, a Política da Economia e a Moral definitivamente do Direito, no que, gradativamente, obtiveram êxito.

Nesse panorama, surge como sucessor do Estado Absolutista, o primeiro Estado jurídico, o Estado Liberal - que os franceses denominaram *État Constitutionnel*, e os alemães, de *Rechtsstaat* -, cuja primeira fase remonta à Revolução Gloriosa, na Inglaterra, em 1688, e se estende, aproximadamente, até a primeira Revolução Industrial, por volta de 1750.

Nessa primeira fase, o Estado Liberal (também a primeira versão do Estado de Direito, que exige a submissão do próprio Estado à legalidade que cria; a ideia de limitação do poder estatal e de garantias de direitos individuais em detrimento do poder político) reivindica, basicamente, direitos, notadamente, de cunho individual.

Dessa nova conjectura social, surgem os instrumentos normativos mais próximos do pensamento liberal, dentre os quais, importa referir, a *Petition of Right*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679 e o *Bill of Rights*, de 1689, concretizando liberdades negativas em favor dos indivíduos.

É também nessa atmosfera de Estado de Direito, de um modelo jurídico-político em que o Estado é governado por leis, estando o próprio ente estatal por elas limitado, informado pelo reconhecimento de uma esfera individual de liberdade de cada pessoa em que o Estado não pode adentrar, conformando, assim, a ideia de liberdade (o indivíduo pode tudo aquilo que a lei não proíbe, e detém uma esfera de liberdade insuscetível de ingerência estatal), desponta a ideia de fortalecimento dessa liberdade por meio de John Locke (1632-1704).

Dentro desse novo paradigma racionalista-humanista, o Estado, conforme pensado por John Locke, também resulta de um pacto e nele se fundamenta. O autor repudia a noção de um corpo social natural: todos os homens nascem (como ponto de partida) livres e iguais, sendo dotados de direitos naturais ou inatos pela própria condição humana e, por isso, não podem ser submetidos ao *poder político* de outrem sem que com isso concordem.

Essa concordância, à sua vez, é dada por meio de uma convenção - o *contrato social* -, aos moldes pensados por Thomas Hobbes, mediante o qual os homens assentem em se unir em comunidade, para, desse modo, obter conforto e paz, e para que

possam usufruir de suas propriedades com maior segurança em relação àqueles que dela não dispõem.

Longe da visão aristotélica-tomista de uma natureza social anterior ao Estado - na qual identificava uma dimensão relacional, informada por uma finalidade, como própria dos homens: um viver melhor e realizar, na vivência coletiva, os seus fins, ou seja, o *bem comum* -, o Contratualista John Locke, em referência, o enxergava como uma ficção, forjada por uma *opção*, apenas levada a efeito para tornar factível a vida coletiva em segurança.

Mas John Locke, como anota Paulo Bonavides³⁰⁴, diferentemente de Thomas Hobbes, “*que apregoava o direito natural do Estado encarnado na opressão da realidade*”, distingue o estado de natureza do estado de guerra.

Com efeito, o estado de natureza lockeano é radicalmente oposto ao hobbesiano, porque John Locke é assente na ideia de que não é apenas possível, como é mesmo aceitável, um estado de natureza concebido sob o enfoque de igualdade e de uma perfeita liberdade, edificado segundo uma noção de que ninguém deve prejudicar a outrem, nem sua vida, nem sua saúde, tampouco sua propriedade, sua liberdade e seus haveres, todos devendo se empenhar, enquanto seres que acreditam constituírem obra do mesmo Criador, com vista à preservação da humanidade.

Em John Locke, o poder político não é um fim em si mesmo, pois ele se acha vinculado a uma justiça que com ele não se confunde nem se fundamenta na mera existência do poder; antes, possui vínculos apriorísticos, prévios à sua própria instituição e, como observa Luis Pedro Pereira Coutinho³⁰⁵, o poder político lockeano encontra seu fundamento, seu critério e seus limites numa *justiça substantiva* identificada com a “lei da natureza”, em que os homens se reconhecem como iguais³⁰⁶ e não licenciosamente livres³⁰⁷, é dizer, não desregradamente libertos, que não devam cumprir normas. Esse poder político lockeano será ilegítimo, se negar a sua própria razão de ser, é dizer, quando se afastar de sua finalidade que é a de preservação da humanidade, numa ideia já distanciada de um estrito mecanicismo naturalista.

³⁰⁴ In *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.42.

³⁰⁵ COUTINHO PEREIRA, Luis Pedro, in *A Autoridade Moral da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2009, pp. 29-30.

³⁰⁶ Embora John Locke, como anota Luis Pedro Pereira Coutinho (in *A Autoridade Moral da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2009, p.33), não tenha equacionado o problema da igualdade efetiva dos homens, como de resto, não o fez, de forma substancial, toda a teoria do liberalismo.

³⁰⁷ Nesse reconhecimento se insere a ideia de *direito-dever*, notadamente, segundo a ideia de limites inerentes ao próprio Dirceu (de respeito), consoante lição de Fernando José Couto Pinto Bronze in *Lições de Introdução do Direito*, 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 603.

Isso porque, ao contrário de Hobbes, John Locke não se preocupou apenas com a autopreservação, com a mera subsistência física do homem, mas, e, essencialmente, com a preservação da humanidade segundo a Lei da Natureza (como dantes referida) que já não se circunscreve a uma configuração meramente biológico-instintiva (como na proposição hobbesiana), e que precede a própria existência do Estado e do poder por ele teorizado. Cuida-se de um pressuposto que precede inclusive a sua formulação de adesão dos homens ao contrato social fundador da sociedade lockeana.

Nesse contexto, como também enfatiza José Fernando de Castro Farias³⁰⁸, o estado de guerra é, em John Locke, compreendido como uma degeneração do próprio estado de natureza, em cujo início reinava a *lei da natureza* e onde o homem vivia em perfeita liberdade, sendo limitado só pela *razão*.

Contudo, a *razão* (ditada pelo raciocínio e pela capacidade intelectual) não era suficiente para garantir a liberdade e a paz dos homens: como cada homem é juiz de si mesmo e dos outros, cujas ações avalia e pondera, existiria sempre um grande risco de degeneração e de desvirtuamento para o estado de guerra. Por esse risco é que o homem ingressou para a sociedade civil e se submeteu ao poder estatal (ao poder político).

Esse risco que inspirou o contrato social lockeano, também identificado por Luiz Pedro Pereira Coutinho³⁰⁹, em muito decorria da experiência de um século em que a política e a própria razão se afastaram da fundação contratual hobbesiana, para assumir-se como sinônimo de poder e sua vontade.

Por isso é que, na versão contratualista lockeana, o poder está vinculado a uma “justiça”³¹⁰ pré-existente ao poder, pois o homem, ao ingressar para a sociedade civil,

³⁰⁸ In *A Origem do Direito de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.54.

³⁰⁹ COUTINHO PEREIRA, Luis Pedro, in *A Autoridade Moral da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2009, p.33.

³¹⁰ Ou a uma concepção normativa que reflete um enquadramento valorativo, como sustenta Luis Pedro Pereira Coutinho (in *A Autoridade Moral da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2009, pp.36-37), em que os Direitos do Homem são hauridos de um Direito Natural, segundo a fundamentação de que todos os homens são iguais perante o Criador e se reconhecem mutuamente quando emancipados da possibilidade de um servilismo a elites inescrupulosas (independente da proposta de laicização do liberalismo); são direitos naturais, no dizer do autor, ainda parametrizados pela moral cristã apreendida pelo homem e por ele interiorizada como moduladora de sua própria humanidade, já não envolvente de um Deus castigador, ao qual o homem deve obedecer por medo do destino que esse Deus lhe reserve para o pós-morte, mas de um Criador que se identifica com o prazer do homem; que criou o mundo para o benefício dos homens, em que, para honrar a Deus, o homem não precisa se deixar dominar pelos seus medos, pelas suas superstições, mas onde possuem a liberdade de regular suas ações e dispor de suas propriedades, como de suas pessoas, como melhor queiram, segundo uma compreensão de lei da natureza que não pode ser compreendida fora de uma ordenação humana ao “prazer” do Criador, porque o Criador se regozija e se congratula com o prazer e a felicidade do homem. Conforme o mesmo autor, inspiração lockeana pode ser depreendida da própria Declaração de Independência dos Estados Unidos, em cujas palavras iniciais se pode ler: “*Consideramos de per si evidentes as verdades seguintes: que todos os homens são criados iguais; que são dotados pelo seu Criador com certos direitos inalienáveis; e que entre estes, se*

ao contrário da postura de Thomas Hobbes, não renuncia (e nem poderia renunciar) à totalidade de seus direitos em favor de um centro único de poder.

Ao revés, o homem, ao fazê-lo, conservou seus *direitos naturais*, dentre os quais, o *direito à vida*, à *liberdade*, à *segurança* e à *propriedade*, contribuição lockeana decisiva no processo de afirmação da dignidade humana e dos direitos fundamentais (ao menos no âmbito de sua primeira dimensão) de cunho negativo como categoria inata do ser humano, especialmente pela influência que produziu sobre outros autores iluministas.³¹¹

Tais direitos naturais, na visão de John Locke, eram direitos irrenunciáveis, inalienáveis, e quando o homem decidiu ingressar para a sociedade, ele os trouxe consigo; cuidava-se, portanto, de direitos anteriores ao Estado e decorrentes de sua condição ou de sua natureza humana, cumprindo ao ente estatal tão somente respeitá-los e protegê-los. Esta era a razão de ser do próprio *poder político* centralizador.

António-Henrique Perez Luño³¹², a tal propósito, destaca que, com John Locke, a defesa dos direitos naturais à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, se converte, de um lado, na finalidade precípua da sociedade civil e de outro no próprio princípio legitimador do governo: o poder político existe para isso.

John Locke consagrou, bem de ver, o *Estado guardião das liberdades individuais* que, consoante lição de Paulo Bonavides³¹³, “*alcançou sua experimentação histórica na Revolução Francesa*”. Enquanto o Estado hobbesiano se estruturou sob a doutrina da *Monarquia divina*, o Estado lockeano (cujas ideias deram origem ao Estado de Direito, informado pela limitação do poder dos titulares da vontade estatal à lei) restou edificado consoante a acepção burguesa da ordem política: *o Estado é a soma de todos os átomos*, o que bem explica o seu *individualismo*, seu paradigma de dignidade humana, *de homem só*, isolado, abstrato, não considerado em uma dimensão necessariamente social e coletiva como parte integrante ou constitutiva de sua própria dignidade. Logo, ele não

encontram a vida, a liberdade e a busca da felicidade. Os governos são estabelecidos entre os homens para assegurar esses direitos”. Por essas razões, Luis Pedro Pereira Coutinho (op.cit., p.40) entende que, não obstante a doutrina não se canse de afirmar que John Locke seja tributário de um liberalismo individualista, isso não é, em absoluto, verdadeiro, pois sua doutrina sempre foi parametrizada por um princípio de justiça igualitária vinculada a uma moral cristã: a *lei da natureza lockeana*, conforme o autor, ainda se encontra na “lei natural” tomista (op.cit., p.41).

³¹¹ Ingo Wolfgang Sarlet (in *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p.46) enfatiza a contribuição doutrinária de John Locke como “o primeiro a reconhecer aos direitos naturais e inalienáveis do homem” (vida, liberdade, propriedade e resistência), com uma eficácia oponível, inclusive aos detentores do poder, este, por sua vez, baseado no contrato social, ressaltando que, não obstante, apenas os cidadãos (e os proprietários) poderiam se valer do direito de resistência. Sublinha, contudo, o fato de serem considerados sujeitos e não meros objetos do governo.

³¹² PEREZ LUÑO, Antonio-Henrique, in *Los Derechos Fundamentales*. 6ª ed. Madrid: Ed. Tecnos, 1995, p.31.

³¹³ In *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.43.

continha uma proposta de responsabilidade de um indivíduo sobre outro indivíduo, veiculando apenas uma proposição absenteísta, de inação e de respeito.

A crença na existência de direitos do homem anteriores e superiores ao Estado, insuscetíveis de serem criados pelas leis civis, comportando apenas reconhecimento e proteção estatal, fez da doutrina de John Locke uma teoria especialmente Preocupada com o problema da autoridade e o da contenção do poder.

Sob o aspecto do *comando*, o problema da liberdade, inclusive em nível constitucional, sempre se colocou em oposição à questão da autoridade, “*o fantasma que atemorizou o indivíduo*”³¹⁴. É por isso que o *poder*, do qual não pode prescindir um ordenamento estatal, aparece na moderna teoria constitucional como *o maior inimigo da liberdade*, resultando daí a necessidade de sua contenção no ideário de John Locke.

Sob o influxo dessas ideias, especialmente sedimentadas pelo pensamento lockeano, surge, com esse novo modelo estatal, o Estado Liberal, o *Constitucionalismo* e a ideia de *Constituição*, embora, àquele tempo, vista como produto da doutrina ora exposta e tida como um mero lócus de definição dos direitos dos cidadãos (oponíveis) em face do Estado, ou seja, um lugar onde deveriam se achar consagrados a organização do poder e seus limites, como era próprio da teoria desenvolvida por John Locke.

Nessa conformação inicial, a Constituição é compreendida, dado aquele momento histórico, como a *garantia dos direitos subjetivos*, aquilo que os indivíduos poderiam legitimamente exigir dos governantes na realização e na proteção de seus direitos naturais e liberdades públicas (os direitos da liberdade, aqueles que os homem possuíam inatamente pela simples condição serem seres humanos, dentre os quais não eram concebidos direitos de exercício coletivo ou de natureza coletiva).

John Locke, desse modo, em que pesem as insuficiências de sua teoria no que pertine à solidariedade, teve o mérito de apresentar uma compreensão de *poder* que buscava organizar o Estado e a sociedade de acordo com a razão e com a vontade, visando a demonstrar que autoridade-liberdade se fundava, nessa perspectiva, numa autovinculação dos governados (um contrato), por meio da qual, o pensador inglês, nutrido de tais aspirações, acabou lançando as bases jurídicas do pensamento iluminista do Século XVIII que, no dizer de Ingo Wolfgang Sarlet³¹⁵ “*desaguou no constitucionalismo e no reconhecimento de direitos de liberdade dos indivíduos considerados como limites ao poder estatal*”.

³¹⁴ BONAVIDES, Paulo, in *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.42.

³¹⁵ In *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 47.

Em outros termos, o pensamento de John Locke foi de uma importância inquestionável para o surgimento do *Constitucionalismo* e do Estado Jurídico, principalmente por impelir a necessidade de criar técnicas ou mecanismos de liberdade limitativas do poderio estatal, com a formulação de meios que permitissem conter os seus abusos e que impusessem, inclusive ao *Leviatã*, a *legalidade* (justamente o que permite designá-lo como *Estado Jurídico*), origem, como dito alhures, da primeira noção de Estado de Direito (formal)³¹⁶, ao tempo entendida como uma entidade política, sem embargo, superior ao próprio homem, detentora da soberania e titular exclusiva (monopólio) da normatividade jurídica.

Havia, como se mostra evidente nos desenvolvimentos teóricos de John Locke, uma atmosfera voluntarista burguesa que alimentava o Estado Jurídico, em que o homem, individualmente pensado, foi *supervalorizado*, numa espécie de despertar de consciência para a importância da liberdade humana, perspectivada a partir do homem isoladamente compreendido e, com base nela, foram sendo engendradas técnicas de poder, dando surgimento à ideia de *poder legal* tão caro ao Positivismo Jurídico que albergou esse modelo de Estado como fruto da vontade geral (não obstante a democracia representativa) e a lei como produto da razão humana.

Essa atmosfera se manteve em toda a primeira fase do constitucionalismo, estruturado sob a filosofia política do liberalismo - não apenas na percepção de John Locke, mas, também, na de pensadores como Montesquieu bem como de Immanuel Kant, cada um a seu tempo e modo, como adiante abordaremos -, e ela impele a busca recorrente de contrapor a onipotência do Soberano com a pluralidade de poderes decompostos (fragmentados no âmbito do próprio poder político central), visualizando, John Locke, nessa proposta, um sistema *infalível* de garantias contra o arbítrio e a prepotência.

Essa busca encontrou terreno fértil na sua *Teoria da Separação dos Poderes* como princípio de organização do Estado Constitucional, mais uma das contribuições de John Locke³¹⁷, que fornece as bases para sua sistematização adiante promovida por Montesquieu³¹⁸ (por acreditar que só o poder pode deter o poder).

³¹⁶ Princípio que, segundo o magistério de Simone Goyard-Fabre (in *Fundamentos da Ordem Jurídica*. Tradução de Cláudia Berliner, 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.148), “na concepção contratualista, era uma das vigas mestras da normatividade jurídica”.

³¹⁷ John Locke engendrou, por primeiro, a divisão de poderes e, menos radical que Montesquieu, em sua perspectiva, cuidava-se apenas de um princípio de delimitação entre o monarca e a representação popular, um modelo em que os reis não estavam tão enfraquecidos assim, pois, em sua filosofia política, os reis, titulares do poder executivo, enfeixavam poderes de suma importância social, anota Paulo Bonavides

A separação de poderes, de cujo pensamento John Locke foi precursor, é um dos princípios estruturantes do Estado de Direito, apresentou-se como um mecanismo imprescindível à garantia do exercício moderado do poder, nomeadamente, no que respeita à sua contenção.

O inglês John Locke pensou no princípio da separação dos poderes sob um prisma essencialmente *funcional*, partindo das características essenciais das funções atribuídas aos diversos órgãos estatais, não vendo óbice a que um mesmo órgão exercesse distintas funções. Nessa perspectiva funcional, o papel legislativo competiria à formação do direito (*rule making*), ao passo em que, às funções executiva e judicial competiria a realização do direito (*Law enforcement*), admitindo, portanto, que tanto o Executivo quanto ao Judiciário, exercessem funções de execução da lei, segundo as funções a que o órgão fosse finalisticamente voltado. Cuidava-se, bem de ver, de uma teoria que propunha uma estrutura organizacional individualizada, autônoma e sem hierarquia, finalisticamente orientada, razão pela qual John Locke não viu problemas em que Executivo e Judiciário concentrassem a função de execução da norma produzida pelo Parlamento, pouco importando, como advertiram Barthélemy e Duez³¹⁹, se o Judiciário “*é um poder ou simplesmente uma autoridade do Estado*”, porquanto, o importante, no cenário imaginado por John Locke era afirmar sua independência, uma vez que a função finalística jurisdicional era velar pela prevalência da norma de direito, atuando nos

(op.cit., p.46). Neles se continham o *poder federativo*, o que não se pode reputar coisa pouca, pois englobava o poder inerente às questões de ordem externa, de decidir pela guerra e pela paz, firmar tratados e alianças. Esse poder federativo, segundo o mesmo autor, adiante reconhece não ter sido uma denominação apropriada, mas, otimista que era, pouco lhe importava o nome, conquanto a ideia tivesse sido bem assimilada), na visão do Inglês, deveria estar concentrado nas mãos do Executivo, pelo risco de desordem e dano que ele representa.

³¹⁸ Montesquieu (in *Do Espírito das Leis*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002, p.163 e seguintes), nos capítulos iniciais do Livro XI de sua mais conhecida obra, procura encontrar um significado para a palavra liberdade até chegar ao conceito de liberdade no sentido político, que seria o direito de fazer tudo o que as leis permitem (*negativa*). E argumenta: “*Se um cidadão pudesse fazer tudo o que elas proibem, não teria mais liberdade, porque os outros também teriam tal poder*” (op.cit., p.64). Daí concluir que a liberdade política é coisa muito diferente. Liberdade, à partida, consiste em poder fazer algo sem que seja obrigado a agir. Mas numa sociedade política, de convivência, isso é impensável. Logo, em sociedade, onde a existência das leis é imprescindível, liberdade não pode ser outra coisa senão o poder de fazer o que se deve querer e não em ser constrangido ao que não se deve desejar. Ela é, portanto, algo limitado pelo poder. Em sua visão, os sistemas democráticos e aristocráticos não são essencialmente livres, exceto quando neles os governantes não abusem do poder. Então, ironiza: “*Quem diria! Até a própria virtude tem necessidade de limites*” (op.cit., p.164.). Então, irá dizer que “*Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder contenha o poder. Uma constituição pode ser feita de uma tal forma, que ninguém será constrangido a praticar o que a lei não obriga, e não fazer aquelas que a lei permite*” (op.cit., pp.164-165).

³¹⁹ BARTHÉLEMY, Joseph et DUEZ, Paul. *Treité Élémentaire de Droit Constitutionnel*. Paris: Dalloz, 1926, p.155.

casos de ameaça ou efetiva violação, ou quando a lei determinasse, independente de violação. *Ele seria, em qualquer hipótese, um final enforcing Power.*

Um Estado em que os poderes de ditar e executar as leis estivessem reunidos em uma só pessoa ou em um só órgão estaria fadado à corrupção, razão pela qual John Locke preconizava um modelo em que essas funções estivessem moderadamente separadas, mutuamente contidas e finalisticamente orientadas, como uma técnica acautelatória do indivíduo perante o organismo estatal, como sublinha Paulo Bonavides³²⁰, pontuando que todo o liberalismo individualista inspirou-se no princípio cardeal de erigir obstáculos à tendência monopolizadora do poder que, destarte, caracteriza a própria ação estatal.

Nesse panorama e segundo essa perspectiva, a luta pela liberdade correu em sentido inverso à ideia de *dever*; a solidariedade ou a ideia de uma responsabilidade de um homem pelo destino de seu semelhante não encontrou nessa leitura qualquer guarida, porque não reconhecida como constitutiva da natureza humana. Entre iguais, notadamente em um viés formal, salvo pela vontade, a noção mesma de dever era inconcebível.

Compreenda-se, contudo, que toda doutrina de John Locke apresenta como pressuposto a ideia de que “*o homem tem direitos para que a humanidade de imediato os consagre*”³²¹. Esse será o seu maior contributo para com o *humanismo* e, por vias transversas, uma futura integração da solidariedade a esse conceito e conteúdo, a par de sinalizar para o fato de que a origem da sociedade está relacionada com a *segurança* e com a defesa da *liberdade* do próprio homem, *titular de direitos inatos pela sua condição humana*, direitos aos quais a ninguém é dado violar, o que terá, adiante, na história, repercussão na ideia de um princípio da solidariedade enquanto valor constitutivo da dignidade humana que precede ao poder do Estado e que não depende de autovinculação ou constituição.

Por ora, como corolário lógico dos direitos fundamentais inatos de primeira dimensão, o único dever que essa doutrina reconhece, também nas relações intersubjetivas, é o dever de respeitar esses direitos naturais inatos de outrem, uma espécie de dever *erga omnes* de respeito (abstenção), e não de apoio na realização ou promoção, tampouco de direito ou de dever de auxílio no desenvolvimento da própria personalidade ou da personalidade de outrem.

³²⁰ In *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.45.

³²¹ BONAVIDES, Paulo, in *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.47.

Se, em John Locke, pouco se afirma a solidariedade, de seus desenvolvimentos teóricos é possível identificar algo deveras importante à temática solidarista, pois, em sua doutrina, aparece uma fundamentação, já no primeiro Estado Constitucional, que permite, pela primeira vez, afirmar a *precedência de Direitos em relação ao Estado e à própria Constituição*, ainda que restrito, em relação ao Estado, instituição que surge, nessa perspectiva, sublinhe-se, com *a função de garante* das posições jurídicas dos cidadãos, notadamente, da liberdade e da propriedade, porquanto, no modelo lockeano, incumbe ao Estado organizar e proteger o Direito pré-existente ao contrato social³²², embora John Locke não tenha se detido a nenhuma análise para além do arquétipo individualista.

A fora a contribuição de John Locke na formação do humanismo nos moldes acima destacados, o ente estatal por ele imaginado é de pouca serventia em termos de compreensão da solidariedade, segundo um dever de cooperação, em torno da ideia de também promover a dignidade da pessoa humana mediante esforços mútuos, de justiça social, de justiça distributiva, de *bem comum* e de bem-estar de todos e de cada um.

Com efeito, o Estado absenteísta e não interventor não é nada solidário. Não por outra razão Ferdinand Lasalle, ironicamente, o denominou de *Estado Guarda-Noturno*, em boa verdade, um *estorvo* de natureza estatal: “*O indivíduo, titular de direitos inatos, exercê-los-ia na Sociedade, que aparece como uma ordem positiva frente ao Estado, ou seja, frente ao ‘negativum’ dessa liberdade, que, por isso mesmo, surge na teoria jusnaturalista rodeado de limitações, indispensáveis à garantia do círculo em que se projeta, soberana e inviolável, a majestade do indivíduo*”.³²³

De efeito, nesse modelo, muito embora ele enalteça a liberdade do ser humano, condição de procedibilidade do próprio pensar a dignidade da pessoa humana, não se verifica uma iniciativa político-social de bem-estar, tampouco uma proposta de responsabilidade do indivíduo para com o seu semelhante no sentido de auxiliá-lo, e não de substituí-lo, na consecução de seus fins; de apoio na realização e no desenvolvimento de sua personalidade.

³²² BONAVIDES, Paulo, in *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.40.

³²³ BONAVIDES, Paulo, in *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.40.

É verdade que John Locke legitima a *prerrogativa*³²⁴ em nome do *bem comum*, a cargo do Monarca³²⁵; esse poder por ele admitido é balizado pelo *interesse público* e nisso poderia um leitor mais açodado identificar o *bem comum* com o sentido do bem de todos e de cada um. Porém, aí, cabe qualquer coisa que esse poder político venha decidir como fins do indivíduo, nominando-o de “*interesse público*” que, como veremos na segunda parte deste estudo, pode ser nada menos do que um artil para conformar interesse do poder.

Nesse quadro, com licença da crítica, o principal objetivo de John Locke, ao introduzir a *prerrogativa*, não era o de promover a solidariedade nem de instigar quaisquer responsabilidades jurídico-políticas ou social, mas o de dar conta das hipóteses de *omissões legislativas*, preencher os espaços omissos nas prescrições legais, pugnando que, nessa atuação, o Monarca teria que se pautar segundo os mesmos princípios que norteavam a atuação do legislador sem que houvesse, ao tempo, qualquer mecanismo de controle de efetividade, porquanto ausente qualquer proposta de sindicabilidade desses atos, para aferir se eles tinham, realmente, uma finalidade de *bem comum*, ainda que John Locke estivesse, aparentemente, criando uma estratégia vinculativa, acautelando-se para que esses espaços não fossem preenchidos com atos arbitrários típicos do Absolutismo (numa espécie de retrocesso à máxima de Luis XIV, quando, em face das proposições de Nicolau Maquiavel, em *O Príncipe*, redarguiu ao outro: “*L'État c'est moi*”), casos em que perderiam a sua legitimação.

Portanto, a *prerrogativa* não buscava a promoção de solidariedade e nem identificava uma preocupação com o outro, pois, o Estado Moderno, nessa fase, se, de um lado, reconhece e valoriza o indivíduo, bem como preconiza a existência de direitos fundamentais inatos, irrenunciáveis, inalienáveis e intangíveis do homem, que decorrem de sua natureza humana, por outro lado, ele mesmo se *demite*, integralmente, de qualquer responsabilidade na promoção da dignidade dos homens, por meio de ações em prol do bem da coletividade, pois, no ideário burguês, esse bem só é e só pode ser alcançado quando os indivíduos puderem, livremente, se dedicar à plena expansão de suas energias criadoras, garantidos de que, em suas relações pessoais, o Estado não poderá intervir. O restante integra o conceito de “*interesse público*”.

³²⁴ Segundo John Locke, a *prerrogativa* nada mais era do que o poder de, em situações extremas, o Executivo estar legitimado a agir, independente de regras emanadas do Parlamento; um habilitação de atuar com discricão em pol do bem público.

³²⁵ Chefe do Executivo e, ao mesmo tempo, titular do Poder Federativo, que, com o Legislativo, são a forma embrionária do princípio da divisão de poderes.

Os liberais, e nesse contexto, John Locke, sabiam que o Estado detinha o monopólio do *poder*, da soberania e da *coação*. Tendo conhecimento disso, tinham a convicção de que ele poderia ser, sob este aspecto, como no trocadilho de Paulo Bonavides, “*algo semelhante à criatura que, na imagem bíblica, se volta contra o Criador*”³²⁶. Daí o cuidado e a imprescindibilidade de sua contenção: era necessário revestir esse Estado com uma *armadura* para a defesa e proteção tão somente da liberdade individual, a fim de ser, no exercício desse dever, forte.

De outro ângulo, impunha-se, para contê-lo, transformá-lo em um Estado de Direito formal, sem força criadora, para ser exclusivamente apto a repelir o despotismo do Estado Absolutista que o antecederia, mas que não se intrometesse, de modo algum, nas relações privadas.

O Estado deveria cuidar da segurança e da propriedade (o que ainda se insere no conceito de liberdade e de dignidade do indivíduo como categoria inata); o mais, “*a mão invisível do mercado*”³²⁷ se encarregaria de conduzir, pois este se regularia por si. Em suma: contido o poder do *Leviatã*, cada um faria a sua parte, cuidando de seus negócios e de seus interesses privados; e a economia de mercado, em comum, faria o resto.

O projeto burguês, inspirado no pensamento de John Locke, tinha isso bem claro em sua proposta e, para tanto, era imprescindível tornar real a ideia de separação absoluta, primeiro, entre a Igreja e o Estado, o que com o Absolutismo já havia sido conquistado. Depois, segundo esse novo modelo, era preciso promover uma separação igualmente absoluta entre a Política e a Economia (a proposta de não intervenção do Estado na esfera privada dos indivíduos) e nisso a proposta contratualista foi primorosa. Mas esse projeto dependia, ainda, de um novo passo: separar a Moral em relação ao Direito, o que não tardaria com a afirmação do Positivismo Jurídico.

Ora, separado o que era público do que era privado (Política e Economia), se todos eram formalmente iguais, especialmente perante a lei (expressão da própria razão humana), cada um que tratasse de cuidar de sua própria vida e do seu próprio destino. Nenhum indivíduo tinha responsabilidade qualquer para com o outro, exceto o dever de

³²⁶ BONAVIDES, Paulo, in *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.41.

³²⁷ Essa expressão foi introduzida por Adam Smith, em sua obra *A Riqueza das Nações*. Com ela, o autor tentava descrever como, numa economia de mercado, apesar da inexistência de uma entidade coordenadora do interesse comunal, a interação dos indivíduos poderia resultar numa determinada ordem, como se houvesse uma *mão invisível* que os orientasse.

respeito aos direitos individuais dos demais (notadamente, a propriedade e o contrato, tidos como sagrados e intocáveis).

Já ao Estado só cumpria zelar pela segurança, garantir a propriedade privada - que se concentrava, curiosamente, cada vez mais, nas mãos da burguesia - e se abster de se imiscuir nas atividades privadas, pois a liberdade implicava somente a ideia de autodeterminação e poder de um indivíduo contratar com quem quisesse, quando quisesse, o que quisesse e conforme desejasse, segundo o seu livre arbítrio, assim como o seu direito ou liberdade formal de ir e vir.

Não podemos alimentar a ilusão de que o Estado Jurídico, Estado de Direito ou Estado Constitucional idealizado por John Locke era democrático, muito menos aos moldes em que hoje se compreende a Democracia (cada indivíduo um voto), até porque a Democracia sempre foi um conceito muito mais ligado à igualdade e, por conseguinte, aos modelos de Estados Socialistas, do que à liberdade e aos modelos de Estados Liberais, mormente em sua inspiração inicial.

A igualdade, no Estado Liberal-burguês (edificado sob o paradigma lockeano), apresentou-se tradicionalmente sob um viés formal (igualdade perante a lei e vista, portanto, tal como na Grécia Antiga, como um ponto de partida, e não um ponto de chegada); nele, ao menos em sua primeira fase, não se podia pensar na participação de indivíduos comuns na vida política.

Entretanto, no quadro dessa primeira fase do Estado Liberal ou Estado Jurídico, a burguesia - que havia financiado e propiciado, por essa via, o endividamento dos reis na luta e nas batalhas pelo poder político contra a Igreja - logo veio cobrar a conta: ela ascendeu rapidamente, em termos econômicos, e quis, na sequência, também participar do *poder político*, onde, chegando, passou a introduzir os princípios filosóficos de sua “*revolta social*” sob a bandeira democrática: *igualdade para todos*.

Com efeito, alavancada pelo capitalismo, solidificada pelos valores da tradição liberal, que primava pela liberdade, pela segurança e pela autodeterminação, na esteira do pensamento de John Locke, a burguesia, aos poucos, alcançou um *status* social de origem diferente das condições familiares de nascimento, abrindo caminho, com o seu poderio econômico, para vir a integrar o *poder político* e tomar parte nas decisões políticas em torno dos rumos da Nação.

O poderio econômico que lhe permitiu alcançar esse *status* forjou-se, principalmente, a partir da Revolução Industrial, onde a burguesia logo enxergou um grande filão: colocar os avanços tecnológicos do período histórico a serviço do lucro,

em especial, pelo uso da máquina em substituição ao homem, com diminuição de custos de produção e aumento de produtividade, cenário perfeito para pôr o capital a produzir mais capital, o que fazia dela uma classe minoritária, porém, cada vez mais poderosa, pois detinha em suas mãos o dinheiro e, com ele, o poder de barganha, o que lhe permitia pressionar o *poder político*, nele reivindicando seu espaço.

Chega-se aí a uma segunda fase do Estado Liberal, em que se dá a luta pela inclusão do elemento democrático, porque, a burguesia, aproximando-se do *poder político*, passou não só a influenciá-lo com sua ideologia dos direitos da liberdade, tendo como núcleo central os direitos fundamentais vinculados na propriedade e no contrato, seguindo o voluntarismo, fomentado na ideia de liberdade civil, e autodeterminação; a burguesia também passou a difundir pretensões de participação política de “todos” por meio do voto.

As pretensões democráticas burguesas foram levadas às últimas consequências com a Revolução Francesa, em uma batalha sangrenta que foi, por isso, muito diferente da Revolução Americana.³²⁸

Entenda-se que, na França, em meados do século XVIII, o modelo de Estado adotado era o Absolutismo e eram insuportáveis as injustiças sociais a que ele conduziu. A sociedade francesa era estratificada e hierarquizada, a antítese da condição humana. No topo da pirâmide, estava o Clero; abaixo, a Nobreza, integrada pelo Rei e sua família, os Condes, os Marqueses e outros nobres e, na base, se achava o *Terceiro Estado*, este, por sua vez, era composto de trabalhadores, camponeses e pela burguesia. Era precisamente esta última classe aquela que arcava, mediante o pagamento de impostos, com todo luxo, todos os privilégios e a vida boa da nobreza. Havia, também, os desempregados, mas isso era irrelevante naquele modelo estatal.

³²⁸ A experiência americana foi muito menos sangrenta por vários motivos sobre os quais não iremos nos estender, uma vez que essa problemática foge aos nossos objetivos. Mas é importante guardar que tais diferenças, dentre outras, estão associadas ao fato de que a Inglaterra, ao contrário da França onde vigorava o absolutismo, adotava uma Monarquia constitucional mista; além disso, a experiência liberal americana contou com uma imensa participação popular e acabou por se afirmar de modo mais característico. O documento de maior impacto inicial foi a Declaração da Virgínia (1776), ao que se seguiu a Constituição Federal (1787) e as demais Constituições estaduais. Seus principais dirigentes ou intelectuais passaram para a história com o nome de *Os Federalistas*: sua principal ideologia, dentro dos limites do próprio liberalismo econômico, era: “*liberais pela insurreição*”. Para se ter uma ideia clara do espírito de liberdade que dirigia a Revolução Americana, também basta reler o preâmbulo da própria Constituição (a mesma que se encontra em vigor hoje): “*Os homens foram criados iguais; com direitos inalienáveis - como à vida, liberdade e felicidade; os governos devem defender esses direitos, porque foram formados pelo consentimento dos governados; o povo pode invocar o direito à insurreição, contra toda forma de governo que atente contra tais direitos, garantias e liberdades*”.

Por outro lado, como ela pagava a conta, a burguesia almejava não só participação no *poder político*, mas, também, e ao mesmo tempo, buscava uma ainda maior liberdade econômica, o que não veio de modo pacífico e nem sem derramamento de sangue.

Irrompe, desse modo, sob o ideário Iluminista e estimulada pela Revolução Americana (de 1776), a Revolução Francesa (de 1779)³²⁹, que produziu a queda do *Anseio Regime*, sob a legenda da "*Liberdade, Igualdade e Fraternidade* " que, a parte de bem resumir os desejos do *Terceiro Estado* francês, denotava uma *confessada* (mas não real) preocupação com a *solidariedade*, pois aquela deveria ser uma luta travada justamente para, entre outras, produzir mudanças no âmbito social que beneficiassem os pobres (os sem propriedade, sem apoio, sem esperança; os sem nada e sem tudo).

Era essa a bandeira do Estado Liberal - vivido segundo a ideologia burguesa - que, muito embora tenha trazido inegáveis benefícios à humanidade (os já destacados direitos de liberdade - uma categoria inata de direitos inerentes à condição humana - e limitação do *poder político*) e um acentuado progresso econômico, em que o capitalismo conheceu um acentuado progresso, foi só a burguesia que enriqueceu.

Instalado o Estado Liberal, o primeiro Estado de Direito ou Estado Constitucional, baluarte da liberdade, ele se revelou uma irrefutável fonte criadora de miséria humana, porque a Revolução Industrial nele verificada trouxe consigo não só o crescimento econômico intraduzível em palavras, mas, também, inusitada explosão demográfica, êxodo rural, fazendo surgir as sociedades de massa e, como consequência, a falta de infraestrutura, como moradia, saúde pública, saneamento básico, ausência de frentes de trabalho para abarcar o contingente de pessoas que vinham para os grandes centros à procura de melhores condições de vida.

Por paradoxal que fosse, a garantia da liberdade individual idealizada pelo Estado Liberal conduziu a que se negasse à maioria das pessoas o mesmo direito, justamente porque a miséria, no plano prático, acaba fulminando a capacidade e o próprio conteúdo

³²⁹ Com a Queda da Bastilha, em 14/07/1789, e a convocação dos Estados Gerais, sucedidas pelo golpe de estado - denominado 18 de Brumário - liderado por Napoleão Bonaparte, que põe fim ao reinado de Luis XVI. No mês de agosto de 1789, a Assembleia Constituinte cancelou todos os direitos feudais ainda existentes e promulgou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, documento que contemplava, formalmente, avanços sociais, garantindo direitos iguais aos cidadãos, ao mesmo tempo em que implementava a democracia e instaurava constitucionalismo francês, com o advento de sua primeira Constituição, de 1791, sob a forma de monarquia constitucional, seguindo, em princípio, uma combinação entre os modelos americano e inglês. Em 1795, os Girondinos haviam assumido o poder, quando começam a instalar um governo burguês. Em 1799, o general francês Napoleão Bonaparte é guindado ao poder, no intuito de controlar a instabilidade social e de implantar o governo da burguesia. Napoleão assume o cargo de primeiro-cônsul da França e, rapidamente, se instaura uma ditadura na França, quando se faz proclamar o Imperador da Primeira República.

da autodeterminação, fazendo desaparecer qualquer possibilidade de escolha, para dar lugar a uma nova modalidade de escravidão: a *dependência*.

Ou seja, a falta de moradia, a ausência de emprego, de atenção à saúde, à educação, a ausência de saneamento básico, a fome, dentre outras circunstâncias, acabam por tornar a ideia de autodeterminação (liberdade), de definição aos fins, nada mais do que um conceito vazio, uma vez que tais circunstâncias colocam o ser humano na contingência de aceitar qualquer coisa que signifique um mínimo de esperança de escapar da morte. Onde a dependência (uma forma de escravidão) impera, não há mais falar em *escolha*; a sobrevivência ou a subsistência impõe aceitar o que vier, na quantidade que vier, como vier e quando vier, o que demandava refletir o conceito de liberdade e da própria dignidade do homem sob outro viés.

Essa leitura não se amoldou àquele momento da história. Vendendo as ideias de liberdade, igualdade e fraternidade, a burguesia atraiu facilmente para a sua luta o apoio do restante dos integrantes do Terceiro Estado, uma legião de dependentes do capital, um exército de miseráveis, pela crença nas insígnias revolucionárias.

Finalmente, a Revolução Francesa e seu bastião de igualdade realizou o ideal democrático burguês, que restou consagrado em 1791, com o advento da primeira Constituição Francesa, que sagrou o *voto censitário*, numa espécie de *Democracia* que reconhecia e contemplava com tal direito apenas uma pequena parcela da população, pois dela somente participavam os proprietários, ou seja, os burgueses, os donos do capital e dos meios de produção³³⁰, isto é, os que pagavam impostos e, por conseguinte, os únicos que financiavam os privilégios e o luxo da Nobreza e com ela podiam barganhar.

Se, em meio a esse caminho, a ideia de participação na vida política foi se ampliando, isso não chegava a incomodar, num primeiro momento, a burguesia, e nem feria o seu maior propósito e condição necessária para programar seu projeto, ou seja, a limitação do poder político, o seu controle (e, para eficácia dessa proposta, era preciso estar dentro dele), para fazer vingar, no âmbito privado, o livre comércio.

³³⁰ Paulo Bonavides, em acurada análise da evolução do Estado burguês para o Estado Social, destaca, neste tópico, que “a burguesia enunciava e defendia o princípio da representação. Mas, a representação, a meio caminho, embarçada por estorvos, privilégios e discriminações”. E complementa: “A Revolução Francesa”, por seu caráter preciso de revolução burguesa, levará à consumação de uma ordem social, onde pontificava, nos textos constitucionais, o triunfo total do liberalismo. Do liberalismo, apenas, e não da democracia, e nem sequer da democracia política” (In *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.43).

Ao contrário, a burguesia extraía disso uma vantagem dogmática, pois camuflava, ideologicamente, a realidade, não permitindo ver que os valores que profetizava não eram válidos, como apregoava, para toda a sociedade, para cada homem individualmente compreendido, mas só para eles, os proprietários, e para donos do capital e dos meios de produção (isso só veio às claras muito depois na história, quando os ícones revolucionários se mostraram meramente ideológicos, pois nem o ideal de igualdade nem o de fraternidade se mostraram reais).

À altura, essa postura não chegava sequer a constituir um problema ético ou mesmo social. No Estado burguês, de inspiração lockeana, em consagrava, sob certo aspecto, o reino dos interesses individuais, a partir do momento em que o homem elegeu a razão como ferramenta para chegar à verdade, passando a usar métodos científicos para solucionar problemas, observa-se, mais do que nunca, um regresso ao seu *conceito protagórico individualista piorado*, porque voltado ao individualismo de um homem abstrato, formal, como um “*modelo de mundo*”, assim reputado por Leonardo Da Vinci, posição que servia aos propósitos daquele Estado ideologicamente construído sob a ideia de limitação do poder e da dicotomia *público-privado*, para, assim, garantir o livre comércio.

O Estado Liberal, na essência, mesmo na fase em que incorporou ao seu ideário o elemento “democrático”, preconizando, como bandeira de sua revolta social, a igualdade e a fraternidade, guindando-as ao mesmo patamar do ideal de liberdade, sempre foi fundamentalmente *individualista*, sem um olhar sequer de responsabilidade estatal jurídico-política ou social, segundo um princípio solidarista, muito menos de responsabilidade dos indivíduos um para com outros indivíduos. Justamente por essa postura, centrada no ser isolado (o indivíduo), nele apenas ganharam corpo as noções de *direito subjetivo* e de *sujeito de direito*.

E mesmo após o advento da Revolução Francesa, o Estado Jurídico seguiu sendo o reino dos interesses do indivíduo que, ao fim e ao cabo, tinha direitos oponíveis ao próprio *Leviatã*, mas não tinha, reconhecidamente, deveres, desprovidos de correlatos direitos, em face de outros seres humanos e em face de toda a humanidade. Também o Estado, nessa conformação, não tinha qualquer responsabilidade para com os indivíduos, exceto aqueles relacionados com a segurança e com a proteção da propriedade.

Pode-se mesmo dizer que, no modelo liberal, a noção de responsabilidade social efetiva, de um dever para com o bem-estar do outro, nunca teve espaço, e essa ideia era

mesmo antitética a toda a sua ideologia: nenhum homem livre e formalmente igual (já não compreendido com uma unidade substancial e racional de espírito e corpo, primeiramente individual, mas com uma dimensão constitutiva social) poderia ser responsável pelo destino de seu semelhante, nem mesmo o Estado, não obstante a realidade mostrasse o agravamento contundente e progressivo da questão social.

Repassando a construção teórica lockeana em torno de contensão do poder pela sua fragmentação, Montesquieu (1689-1755), a partir de suas observações do modelo político de governo extraído da Constituição britânica, acabou reformulando, nesse ambiente, a teoria delineada no pensamento de John Locke.

O francês Montesquieu teve o mérito de sistematizar a teoria da separação dos poderes em outras bases, pois abandonou a perspectiva funcional lockeana, preferindo conjuga-la em um sentido orgânico, isto é, procedendo a uma análise do aludido princípio sob a perspectiva dos distintos órgãos que exerceriam as funções estatais. Desde um aspecto horizontal de separação de poderes, a teoria de Montesquieu propunha que diferentes órgãos, em posição de igualdade, não sendo divisada por qualquer hierarquia ou absorção, realizassem, de forma independente, as funções de legislar, executar as leis (em sentido amplo) e de julgá-las, admitindo-se, entre eles, uma relação de dependência apenas nas hipóteses indicadas na ordem constitucional.³³¹

Montesquieu, identificando o governo republicano com a democracia, em que a soberania pertence ao povo (aquele que faz as leis), compreende que a liberdade em si comporta muitos significados, segundo os vários campos do saber.

No âmbito político, entende que ela exprime mais adequadamente um sentido de segurança e que, nesse contexto político, pensando numa sociedade governada por leis, a liberdade política não pode traduzir o entendimento do direito de fazer o que se quer, senão, o de fazer aquilo que as leis permitem.

Em Montesquieu, a liberdade pressupõe a limitação do poder político. E esse poder, tendo como base o modelo republicano e a democracia representativa, exercida pelos homens, com amparo em leis, entende que ele deva ser dividido, por sustentar que todos aqueles que exercem o poder tendem a dele abusar até onde encontrem limites. Por isso, a proposta de separação dos poderes configura a própria condição da liberdade.

³³¹ É o modelo seguido no Brasil. E um exemplo dessa dependência se acha na previsão constitucional de o Presidente do Supremo Tribunal Federal (Órgão de Cúpula do Poder Judiciário) presidir o processo de *impeachment* do Presidente da República (Chefe do Poder Executivo), por prática de crimes de responsabilidade, que se processa perante o Senado, com prévia fase de admissibilidade por 2/3 da Câmara dos Deputados.

Não é recomendável, no seu pensamento, que os homens que elaboram as leis sejam os mesmos a executá-las; da mesma forma e pelos mesmos fundamentos, os que legislam e executam as leis não podem ser os mesmos que julgam suas violações.

Essa separação de poderes, no pensamento do Francês Montesquieu, numa república democrática representativa, deve se dar, então, em três partes: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. O Legislativo, seguindo a ideia de que todos os homens têm o direito de se autogovernarem, irá traduzir a vontade do povo, *por meio de seus representantes*, enfeixando o conjunto da vontade de todos os cidadãos, terá a incumbência de elaboração das leis; ao Executivo, cumprirá dar exequibilidade à legislação produzida pelo Legislativo; e, ao Judiciário, julgar as ameaças de violações ou violações efetivas da legislação e da execução da lei. O poder, nessa perspectiva, é uno. O que se reparte e separa é o seu exercício e a competência de cada um.³³²

Paulo Otero³³³ observa que o modelo sistematizado por Montesquieu, sintetiza os pressupostos constitucionais do mundo ocidental que, *“tendo sido objeto de concretização jurídico-positiva desde finais do século XVIII, até hoje ainda se encontram subjacentes na esmagadora maioria das Constituições vigentes, consubstanciando o cerne ideológico e organizativo da tradição constitucional europeia e norte-americana”*.

Isso não lhe obsta a crítica de que esse modelo democrático representativo revela-se contrário ao próprio espírito da Constituição, à medida que nele a liberdade do “cidadão” - e aqui já não se refere à pessoa humana nem a cada indivíduo em particular - configura uma parte da liberdade política, conformando num Estado popular apenas uma parte da soberania (parte esta que, nesse modelo, é a responsável pela definição de *bem comum*), quando a condição humana impõe que nenhum homem pode se vender, tornando-se escravo do outro, como exige que cada indivíduo possa definir os seus fins e se determinar de acordo com esse entendimento. Em outras palavras, concepção de *bem comum* de cariz coletivo, predeterminado pelo Estado, pode suplantar ditar ao ser humano a conformação de seus fins.

³³² O princípio da separação se apresentará sempre contornos que irão variar conforme os sistemas de organização do poder político em cada Estado. Embora não seja o nosso objetivo exaurir, senão contextualizar essa temática, impõe-se registrar que a doutrina sistematizada por Montesquieu foi assimilada de modos distintos na Europa Continental e nos Estados Unidos da América, naquela operando mais como um sistema de *interdependência* e de *cooperação*, a exemplo do que ocorre no Brasil, como uma exigência de realização da dignidade da pessoa humana, e nesta, como um sistema de *“checks and balances”*, de freios e contrapesos, onde prevalece o *“self restraint”*, uma autoconção de um poder em relação ao outro, muito especialmente pela maneira diferenciada com que procedem à leitura dos direitos fundamentais e da própria liberdade, muito mais alinhada aos propósitos liberais.

³³³ In *Instituições Políticas e Constitucionais*, pp. 190-191.

Mas o que o advento desse novo modelo de Estado Constitucional de Direito traz para o tema da solidariedade? A primeira resposta já está patente e reside justamente no reconhecimento constitucional de um espaço de liberdade próprio do homem, insuscetível de ingerência do poder político, que resulta da própria condição humana e de sua dignidade imanente, consagrando assim os direitos de liberdade (os direitos fundamentais de cunho negativo) oponíveis ao próprio Estado.

No tema da solidariedade, embora esse modelo estatal estivesse estruturado sob a teoria política do *individualismo* e, portanto, lhe sendo absolutamente estranho um discurso solidarista que pudesse proceder imediatamente da condição de pessoa humana, nada mais representando do que mera caridade -problema exclusivo da Igreja-, consideramos um ganho extraordinário o próprio reconhecimento de uma ideia de Direito precedente ao Estado, a ele indisponível, e que não cabe ao poder político, nem por maioria, nem pela sua totalidade, constituir, mas, apenas, reconhecer, pois já estamos aí falando de um Direito anterior e superior desvinculado da vontade do poder estatal.

Mas o Estado Liberal não constituiu o fim da história. Nele se colocando em prática o ideário liberal de liberdade e de livre comércio, é justamente no Estado Liberal que se avulta a *questão social*, como uma das consequências imediatas da Revolução Industrial. Sim, pois, não obstante os ganhos tecnológicos e econômicos³³⁴ que a referida Revolução produziu, na proposta de separação entre Política e Economia, aquela a cargo do Estado, e esta, a cargo da Sociedade Civil, ela foi, igualmente, uma fonte inexprimível de miséria humana, exacerbando o problema social que, em dado momento, foi trazido ao debate não mais como um problema da Igreja, nem como um dever moral do bom cristão ou como caridade, tampouco como um problema apenas do Estado, mas como um *problema da humanidade*, o que culminou por desaguar no Estado Social, ou no Estado do Bem-Estar, que irá demandar uma outra conformação da dignidade da pessoa humana, do que adiante nos ocuparemos.

³³⁴ Ao qual a civilização industrial pode imediata e diretamente associar o aumento do risco de acidentes no âmbito do trabalho, fazendo nascer novos perigos, inclusive outros como os decorrentes do próprio convívio urbano entre pessoas de todas as idades, o que, adiante, veio a colocar em discussão do papel do Direito da configuração de uma solução para esses riscos; a ideia de garantia a ser fornecida justamente pelo Direito, bem como a de socialização desses riscos (debate que, no futuro, dará ensejo à responsabilidade civil objetiva - fundada no risco, já não compreendido como uma possibilidade do mal, pela força da natureza ou por uma providência divina, mas de um perigo originado da própria atuação humana -, que, no dizer de André Rodrigues Corrêa (in *Solidariedade e Responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.105), “*tendo nascido no momento histórico imediatamente anterior ao da emergência do estado de bem-estar social*” bem pode ser compreendida num cenário de transformação dos deveres morais de beneficência em deveres jurídicos de segurança.

Antes disso, importa lembrar que o Estado Liberal se afirmou concomitante àquele movimento a que antes nos referimos como *Iluminismo*, surgido, a partir do Século XVII (tendo florescido na Europa), que mudou a concepção de conhecimento científico e rompeu com a tradição aristotélico-tomista e com *jusnaturalismo cosmológico e divino*, que, desde então, foram deixados definitivamente de lado.

Aliás, nada mais restava daquela visão do homem integrado na natureza e que só no meio social encontrava sua justificação. Nenhum contratualista, se vivo fosse, acreditaria mais nas explicações mecânicas de mundo (um contrato) e a Escolástica era cada vez mais rejeitada.

Agora, o que importava era a *razão*, notadamente, a *razão humana* e, com ela, a busca de um fundamento para o Estado e para o Direito desvinculado de uma ordem transcendente e independente da discussão em torno da existência de Deus. A Ciência Moderna, ao contrário, é informada pelo *empirismo* e pelo *racionalismo*. Além da observação pura, ela igualmente se estruturou na dúvida metódica em torno das afirmações da ciência natural, bem como na confiabilidade dos sentidos. Não pode haver certeza ou evidência nos dados colhidos pelos sentidos, pois estes são enganadores.

Então, a única certeza que pode dar bases seguras do conhecimento não é Deus, como nenhuma deidade ou leis naturais a ele vinculadas, mas a *intuição*, clara e evidente no intelecto da mente humana. Essa é a concepção do racionalismo cartesiano defendido por Francis Bacon, o próprio John Locke e René Descartes.³³⁵

Sua base passou a ser buscada na razão dos homens³³⁶, verificando aí uma alteração de paradigmas sem precedentes, mesmo que o Absolutismo, ao menos na sua primeira fase, não estivesse em grande medida vinculado a um poder divino, este incorporado pelo Monarca.

³³⁵ Expressos em duas importantes obras do aludido autor francês no Século XVII, a saber: *Discurso do Método*, de 1637, e *Mediações Metafísicas*, de 1641, por meio das quais, René Descartes aponta como base segura para a construção do pensamento a *intuição intelectual*, indo além da mera sensação empírica, passando por uma operação mental do sujeito, uma operação da razão, de cujo exemplo mais notório é a intuição expressa no “*Eu penso, logo existo*”, que também pode ser sintetizada na seguinte premissa: “*se eu estou pensando, necessariamente, tenho que existir como substância pensante para poder pensar*”. Descartes preconiza que o conhecimento seja adquirido por meio da dúvida metódica, que avança a partir do raciocínio dedutivo, do qual extrai as consequências lógicas necessárias das ideias e dos princípios adquiridos pela intuição intelectual, apreendidos como claros, certos e evidentes.

³³⁶ Consoante enfatiza Celso Lafer (In *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. 1ª impr. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p.38), para isso se mostrou inarredável o processo de secularização que, no plano internacional, encontrou sua expressão jurídica na *Paz de Vestfália* (1648) que, por sua vez, no plano interno, ganha corpo com a vigência cultural do contratualismo, fonte inestimável na elaboração do jusnaturalismo moderno.

Agora não. A mudança se mostrou radical e uma de suas consequências foi justamente a de modificar completamente toda a estrutura política e social do Medievo e do Absolutismo, que restou violentamente atacada pela *revolução intelectual* promovida pela *Era das Luzes*; até o mercantilismo - doutrina econômica típica do século anterior - foi condenado e, por conseguinte, foram adotadas novas propostas, mais condizentes com a novel realidade do capitalismo.

Nesse cenário, comungando da lição de Paulo Otero, Celso Lafer³³⁷ sublinha que a ideia de direitos inatos, de estado de natureza, fundado agora no próprio homem, e de contrato social, constituíram, em que pese suas acepções variadas, conceitos-chave na elaboração da doutrina do Estado e do Direito, a partir, logicamente, de uma visão individualista de sociedade e da história, que irá marcar o mundo moderno, pois a ideia de um Direito Natural como razão ou fonte de todo o Direito é substituída pela ideia de identificação entre *Direito*³³⁸ e *Poder*: eis o substrato do jusnaturalismo moderno que, como bem sinaliza o mesmo autor, encontra seu apogeu na *Ilustração*, onde *o Direito é feito um instrumento de gestão governamental*, criado e reconhecido como monopólio, por uma vontade estatal soberana, já não pela razão dos indivíduos ou pela prática social (os costumes).

Esse Direito já não se apresenta com a função de qualificar condutas como boas ou más, devendo manter uma permanente vinculação com a Ética, mas, desempenha um papel de *comandá-las*. Só o Poder cria o Direito.

O Iluminismo, dentro dessa proposta, exerceu vasta influência sobre a vida política e intelectual da maior parte dos países ocidentais, legando-nos, ainda, não só a consolidação dos Estados-Nação, mas, também, a expansão de direitos civis, a redução da influência de instituições hierárquicas como a Nobreza e a Igreja e, principalmente, uma forma própria, não necessariamente melhor, de pensar o Estado e o Direito, como se depreende do próprio modelo proposto por Monstequieu acima analisado.

Para a solidificação desse novo modelo de poder centralizado, não ancorado em qualquer paradigma transcendente, notadamente, na conformação do Estado Jurídico,

³³⁷ In *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. 1ª impr. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, pp.38-39.

³³⁸ Este com pretensão à racionalidade e à imutabilidade, como um Direito universalmente válido, passível de uma ordenação exaustiva e universal de todas as diferenças possíveis, da qual deriva a noção de sistema e corresponde a um ideal lógico-demonstrativo, em abandono à exegese e à interpretação jurisprudencial de textos singulares, dando lugar ao surgimento da Era da Codificação, e sua característica estrutural lógico-demonstrativa, fazendo desaparecer, gradativamente, a ideia de um outro Direito que não aquele dos Códigos e das Constituições, porque seu fundamento passou a ser buscado exclusivamente na vontade do legislador, independente da conformidade dessa vontade com os ditames da justiça ou com valores dela indissociáveis, conduzindo à ontologização do Direito Positivo.

que nesse cenário desponta, foram fundamentais os estudos anteriormente desenvolvidos por Renée Descartes (1596-1650), segundo o seu *Discurso do Método*³³⁹, por fornecer as bases científicas do dualismo básico do processo de laicização já pensado por Nicolau Maquiavel: a Igreja cuida do oculto, da parte espiritual do homem, e a ciência, da matéria (da parte material, aquilo que é perceptível aos sentidos e pode ser submetido à experiência). Fora disso, não há ciência, não há verdadeiro conhecimento, enfim, não há verdade para além daquilo que possa ser logicamente demonstrado, isto é, comprovado no mundo empírico.

Portanto, a partir de Renée Descartes, restaria fragmentado não só o próprio conhecimento, mas definitivamente *antagonizados os campos do espírito e do corpo* (unidade substancial da pessoa, como vimos no capítulo anterior), tão cristalinamente separados como Fé e a Ciência, Igreja e Estado, Política e Economia, Moral e Direito.

A relação da parte com o todo, dentro da análise da consolidação da ideia de solidariedade aritotélico-tomista, muda completamente sua perspectiva. Nasce o materialismo e o consumismo³⁴⁰, pois o homem já não procura a finalidade da sua natureza, mas almeja transformá-la, produzir coisas e, sob o método racionalista³⁴¹ de

³³⁹ Com sua fórmula “*cogito, erga sum*” (penso, logo existo, referida na nota de rodapé nº 328), uma das figuras-chave da Revolução Científica, Renée Descartes (in *O Discurso do Método*. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&MPocket, 2008, p.35 e s.), em seu laborioso trabalho de questionamento radical das coisas passíveis de serem conhecidas, descobre o sujeito que, desde então, torna-se isolado e separado das coisas, na medida em que, na condição de elemento pensante, o homem é expulso da natureza, em postura antitética à aristotélica, pois retoma o dualismo entre a forma e a matéria, entre a essência e a existência. O homem se torna, no dizer de José Fernando de Castro Farias (op.cit., p.51), “*o mestre da natureza*”; ele mantém com ela uma relação da *ratio*, ou seja, está em relação com ela por meio da razão. Por conseguinte, o homem não é mais um entre outros seres na natureza que já não tem mais finalidade e não é mais pensada como causa final, sendo apenas algo que se explica numa causa puramente matemática. O método é precisamente isso: reunir numa fórmula matemática única um grande número de fatos observados e deduzir, dessa grande massa fática, as leis dos fenômenos físicos comprováveis pela experiência. René Descartes, como observam Antônio Frederico Saturnino Braga e Roberto Saturnino Braga (in *Positivismo e Construtivismo*. 1ª ed. Contraponto: Rio de Janeiro, 2014, p.53), “*desenvolve uma prova científica da existência de Deus, como prova puramente lógico-conceitual, que recorre apenas ao conceito ou à ideia de Deus e à lógica do princípio da causalidade aplicado a esta ideia. Examinando com atenção a ideia de Deus presente na mente humana, ele percebe, clara e distintamente, que as propriedades que se apresentam nessa ideia (poder ilimitado ou infinito) não podem ter sido geradas ou causadas pela mente humana - que tem consciência clara e distinta da própria limitação e finitude -, mas só pode ser a marca ou a presença de um ser infinito realmente existente, independente da mente que tem a sua ideia*”.

³⁴⁰ Libertos do clero e da possibilidade de serem chamados aos Tribunais da Inquisição, os cientistas, fortes nessa postura dualista cartesiana, vão à revanche, afirma Moacir Costa De Araújo Lima (in *Afinal, Quem Somos?* p.18), passando a sustentar que o culto como uma fantasia: somos máquinas que correm em um Universo-máquina, governado essencialmente pela lei de causa e efeito. Não existe Criador nenhum em nenhum lugar. A Teoria da Evolução de Charles Darwin intenta demonstrar isso: “*Somos mutações ao acaso, simples portadores de DNA, na busca implacável por mais, num universo sem sentido*”.

³⁴¹ Renée Descartes não nega a existência de Deus. Ao contrário, abre uma via de demonstração racional de sua existência justamente a propósito de questionar a origem da perfeição. Como do nada não se pode originar algo (do nada, nada provém), seja perfeito ou imperfeito: se a ideia de perfeição é uma categoria

tudo compreender, segundo o qual a natureza não contém mais nenhum princípio de totalidade: só o *indivíduo* - segundo uma epistemologia antropológica individualista - pode ser uma referência fiável para qualquer análise.

Nesse espectro de cientificidade, impostergavelmente dicotomizado de qualquer ordem transcendente, se o Estado Absolutista já não dispunha de espaço para desenvolvimentos em torno da solidariedade na primeira fase do Estado Liberal, sob influência do pensamento do francês Renée Descartes - de caris individualista, como se pode ver em suas *Meditações Metafísicas*, onde desenvolve os fundamentos da Filosofia Moderna que, no dizer de Paulo Otero³⁴², será precursora do existencialismo e do racionalismo, cujo referencial será o “*eu*” em suas múltiplas projeções -, também se mostra ausente qualquer noção de *deveres da parte para com a coletividade*, na medida em que essa nova postura de ruptura com um *jusnaturalismo cosmológico e divino*, em prestígio a um *jusnaturalismo* fundado na *razão humana*, vindica só direitos individuais e apela somente à limitação dos poderes dos governantes, não abrindo espaço para uma visão abrangente e plural da condição humana.

Sem prejuízo de outros pensadores, que optamos por apenas dedicar breves linhas, referir ou nem citar, porque sua contribuição no processo de afirmação da solidariedade não foi diretamente expressiva e uma análise que os incluísse conduziria a pesquisa a uma dimensão enciclopédica, entendemos oportuno tecer algumas considerações em torno do pensamento de David Hume.

O britânico-Escocês David Hume (1711-1776) foi um crítico perspicaz das práticas e dos dogmas religiosos, razão que lhe acarretou a fama de ser um cético radical e destrutivo. Não pretendemos aprofundar suas ideias senão nos limites de interesse desta investigação: *a natural sociabilidade humana*, pois nela almejamos verificar um fundamento para a solidariedade radicado na própria condição humana e na dignidade

inata, é dizer, com a qual nascemos, a perfeição, ela mesma, é uma ideia inata. Portanto, tal ideia não pode ter sido originada no nada e tampouco ter tido origem em uma criatura imperfeita. Tudo que é movido é movido por outro. Cuida-se do princípio lógico da causalidade. Um ser movido pressupõe um ser movente externo. “*Tudo que é causado, precisa de uma causa que lhe seja anterior*” (Carlos Roberto Cirne Lima, in *Dialética para Principiantes*, p.237) até chegarmos à causa primeira. A perfeição é a prova racional da existência daquilo que São Tomás de Aquino já havia pensado como o primeiro motor, pois ela, a perfeição, só pode ter sido posta na razão por um ser perfeito. Só um ser perfeito pode ser a causa de si mesmo (um primeiro motor imóvel não causado). Posto que a ideia de perfeição não se origina da criatura, mas sim de um ser que é sua própria causa, e que este ser não pode ser, por definição, inexistente (pois isso inviabilizaria a própria ideia de perfeição, em manifesta contradição performativa), Descartes acredita estar aí a explicação racional da existência do Criador. Não vamos aqui adentrar a discussão de sistemas autopoiéticos, com movimentos autoreferenciais, colocando a tese da automovimentação, sem qualquer ingerência de Deus, porque isso refoge em muito aos objetivos de nossa pesquisa. Fazemos apenas o registro para que tais nexos não passem em branco.

³⁴² Otero, Paulo, in *Instituições Políticas e Constitucionais*, p.171.

que lhe é imanente, com caráter inclusive heterovinculativo dos poderes públicos e das entidades privadas, objeto específico da segunda parte desta pesquisa.

Pois bem. A principal obra de David Hume - *“Tratado sobre a Natureza Humana”* - começou a ser escrita em sua juventude, sendo concluída por volta dos 25 anos de seu autor. Com ela, o Filósofo de Edimburg (Escócia) buscou desenvolver uma filosofia empírica, isto é, uma filosofia da experiência (prática), mas que englobasse a força ativa da imaginação, as percepções, as ideias, os hábitos e as crenças humanas.

Ao contrário de Renée Descartes, David Hume defende a indução (e não a dedução) como método do conhecimento científico num conjunto de leis da natureza. Para David Hume, os sentidos não captam as características de necessidade e universalidade das relações observadas entre coisas, fundamentais para o conceito de causalidade e de leis da natureza que a ciência de então pretendia apresentar.

Assim, o autor problematiza o conceito de indução tal como pretendido e utilizado pelos pensadores empiristas do Século XVII. Ele não vê nenhuma base objetiva da passagem do particular para os enunciados necessários e universais, contrapondo-se também à ideia de Immanuel Kant. Os sentidos não captam, a seu ver, essa relação de necessidade de caráter universal, em nenhum raciocínio lógico, uma vez que a necessidade e a universalidade não são consequências lógicas de observações particulares e das regularidades observadas até aquele momento.

A indução que defende se baseia num fundamento subjetivo, um hábito ou um costume de nossa mente em associar necessidade e universalidade às regularidades que observamos.

Em um sentido rigoroso, segundo David Hume, não podemos saber com certeza se a natureza segue leis necessárias e universais. Entretanto, é assente de que a nossa natureza (aí se referindo à natureza de nossa mente), que se exprime em nosso modo habitual de pensamento e comportamento, nos compele a julgar assim, a estabelecer leis universais da natureza e tê-las como certas. Dessa forma, ter conhecimento científico seria reconhecer a necessidade daquilo que se sabia; isso seria saber com certeza e segurança. Ele esvazia a dúvida por meio de um argumento naturalista: é natural e saudável que sigamos nosso hábito de associar necessidade e universalidade às regularidades observadas. Esta é a melhor maneira de lidarmos com a natureza.

De pronto, essa teoria não produziu qualquer impacto³⁴³. Adiante, em idade mais avançada, David Hume inclusive a renegou, pelo mau uso que algumas pessoas dela fizeram, porque a teoria se prestou a certo sentido ou a interpretações *utilitaristas* (base de uma Teoria da Justiça que propõe o sacrifício individual em prol da máxima felicidade para um maior número de pessoas, postura que renega a própria condição de pessoa e configura um desrespeito por qualquer compreensão de dignidade)³⁴⁴; esse viés interpretativo que dela alguns leitores passaram a ter incomodou o Filósofo.

Sua filosofia será, no entanto, revisitada no Século XX, quando se verifica um empenho literário para mostrar o caráter positivo e construtivo do projeto filosófico de David Hume, no que respeita a afirmação da humanidade em determinados aspectos.³⁴⁵

Sua obra se compõe de três livros, dos quais o último foi publicado dois anos após os dois primeiros, mas, ainda se trata da mesma obra: o Livro I versa sobre o conhecimento; o II, sobre as paixões; e o III, sobre a Moral.

No Livro I, a obra apresenta um delineamento de uma concepção de mente; porém, a mente pensada por David Hume é demasiado fragmentada, porque ela é muito mais *experiência* do que mente; é como se essa mente pertencesse antes à experiência que a si mesma.

³⁴³ A tradutora Débora Danwsky (in *Tratado da Natureza Humana*. São Paulo: Editora UNESP, 2001), em nota prévia, explica essa circunstância pela difícil compreensão dos escritos de David Hume, que havia depositado na obra grandes expectativas, ficando, adiante, com ela decepcionado ao ponto de afirmar que o livro saíra do prelo natimorto, pois não produziu sequer murmúrio. Achava que havido sido mal-compreendido. Por longo tempo, David Hume não falou mais sobre o Tratado. Porém, escreveu outras obras que, em verdade, nada mais eram do que a mesma matéria versada de outra maneira, com poucas modificações substanciais, como a *Investigação Sobre o Entendimento Humano* (1748), *Investigação Sobre os Princípios da Moral* (1751) e *Dissertação sobre as Paixões* (1757).

³⁴⁴ Isso em face de sua postura instrumentalista. David Hume repara que a maioria das pessoas acredita que certos comportamentos são mais razoáveis que outros. O Filósofo, contudo, nega que a razão tenha algum papel relevante em motivar ou desencorajar dado comportamento. No fundo, a razão não passa de uma espécie de calculadora de conceitos e de experiência. De acordo com David Hume, o que realmente importa é como nos sentimos em relação a esse comportamento. Neste aspecto reside o seu instrumentalismo, que declara que uma ação é razoável se - e somente se - ela servir aos objetivos e desejos do agente, quaisquer que eles sejam, bons ou maus. A razão pode entrar neste esquema apenas como um servo, informando o agente de fatos úteis relativos às ações que servem aos seus objetivos e desejos, mas nunca para dizer ao agente quais objetivos e desejos ele deverá ter.

³⁴⁵ O cunho utilitarista reside no fato de David Hume propor que a explicação dos princípios morais deva ser procurada na *utilidade* que eles tendem a promover (a adequação: os meios devem realizar os fins). Isso foi o bastante para a leitura utilitarista (uma forma de pensar a Justiça como a maior felicidade para o maior número de pessoas que, adiante, Jeremy Bentham veio a defender como fórmula para se atingir a verdade moral). David Hume se ressentia dessa pecha, porque era, em verdade, um *sentimentalista moral*; entendia que os princípios morais não poderiam ser justificados intelectualmente. Isso porque, no seu imaginário, alguns princípios simplesmente são-nos apelativos e outros não o são. E a razão pela qual princípios utilitaristas da moral são apelativos é que eles promovem os nossos interesses e os dos nossos companheiros com os quais simpatizamos. Os humanos são pouco flexíveis a aprovar coisas que ajudam a sociedade-utilidade pública, mas são sensíveis aos que lhe são próximos, ao companheirismo e à simpatia.

Essa mente pensada pelo Filósofo tem um ponto de chegada - tudo o que essa mente é capaz de fazer - que, em David Hume, são crenças. *“Quando uma demonstração me convence da validade de uma proposição, não apenas me faz conceber a proposição, mas também me dá consciência de que é impossível conceber algo contrário”*.³⁴⁶

As crenças têm uma dupla vinculação: elas tanto são cognitivas (ele admite que o conhecimento, a moralidade, as instituições, a ciência, enfim, existam), abrindo, assim, caminhos sobre a experiência; mas, ao mesmo tempo em que elas fixam alguns pontos nos quais a natureza humana se reconhece, elas contêm um *intenso aspecto social*.

Portanto, essas crenças têm uma dupla atuação: as crenças são um modo pelo qual a natureza estabelece alguns marcos de identificação sobre a experiência; mas, dentro delas, há algo que socialmente permite certas estabilidades cognitivas. *“Podemos afirmar tranquilamente que quase todas as ciências são compreendidas pela ciência da natureza humana, e dela dependem. A única finalidade da lógica é explicar os princípios e operações de nossa faculdade de raciocínio, e a natureza de nossas ideias; a moral e a crítica dizem respeito aos nossos gostos e sentimentos; e a política considera os homens enquanto unidos na sociedade e dependentes uns dos outros”*.

A crença, em David Hume, é uma espécie de resolução (dotada de certa estabilidade, regularidade, previsibilidade) que acaba sempre convencendo a natureza humana; de certa forma, ela constitui a própria natureza humana: a natureza humana passa a ser, em certa medida, uma crença sobre si mesmo e sempre uma crença sobre as coisas que se pode ver, tendo em mente um “ver” de muitas maneiras, principalmente pela percepção, pela impressão e pela ideia, *“pois é evidente que nossas mais fortes percepções ou impressões são inatas, e que a afeição natural, o amor da virtude, o ressentimento e todas as outras paixões, brotam imediatamente da natureza”*.³⁴⁷

Percepções são impressões e ideias que temos. No pensamento de David Hume, “o que quer que se apresente à mente”, seja por emprego de nossos sentidos ou pensamentos, por meio dos sentidos, temos a impressão, enquanto, pela reflexão (aqui entendida por abstração), temos a ideia. O que temos como vivido (o que já experimentamos), a realidade que nos passa aos olhos são *nossas percepções fortes*. Já as ideias são *nossas percepções mais esmaecidas e fracas*.

³⁴⁶ In *Tratado da Natureza Humana*. São Paulo: Editora UNESP, 2001, pp. 167 e s.

³⁴⁷ In *Tratado da Natureza Humana*. São Paulo: Editora UNESP, 2001, pp. 167 e s.

David Hume não se preocupou minimamente em provar o mundo exterior, como fez Renée Descartes (opondo-se a ele e a todas as filosofias que consideravam o espírito humano desde um ponto de vista teleológico e metafísico). Essa necessidade cartesiana não existe na filosofia de David Hume, preocupação que ele, aliás, dissolve completamente ao desenvolver uma perspectiva filosófica baseada na aplicação do método experimental aos fenômenos mentais.

Para que as crenças possam existir, é preciso que tenhamos uma consciência bem clara de que *todo o conhecimento é um conhecimento da natureza humana*: os conhecimentos não se dão em marcha ré. Daí a relevância do *hábito* (que já aparecera em Aristóteles, ao considerar que, por meio dele, o homem poderia interferir no seu destino) também na Filosofia de David Hume: a *impressão* precede sempre a *ideia*, e isso gera um hábito que embasa previsões. O hábito é *o futuro conforme o passado*, e, sendo assim, é o hábito que conduz a vida, quer para o bem, quer para o mal (virtude ou vício, no dizer aristotélico).

O conhecimento, nessa perspectiva, é algo que a natureza humana constrói; *ele é da própria natureza humana*. Ele seria, na prática, resultado do hábito e este, por sua vez, seria derivado de um processo inerente à natureza humana de associar dois fenômenos independentes. É que, segundo David Hume, *a natureza produz experimentos, sem, contudo, ter a pretensão de estabelecer um lugar privilegiado da verdade, como um monopólio*; eles têm mais o sentido de a natureza humana produzir ensaios de si e acerca do mundo, e de verificar seus ensaios na experiência, como se a experiência permitisse que a natureza humana nela se inventasse e nela experimentasse a si própria; como se a natureza humana pudesse deslocar sempre um pouco de si mesma e verificar, se adiantando um ponto no futuro, numa espécie de clarividência, de intuição, de autoevidência e de imaginação.

O Livro III não diz respeito a uma outra "parte" da natureza humana apenas por ter sido publicado dois anos depois dos anteriores. Ele traz uma teoria dos fundamentos da ética baseada nas suas perspectivas sobre o entendimento e sobre as paixões. Destaca, David Hume, que *não é por meio da razão que distinguimos ou reconhecemos a virtude e o vício*: as distinções morais resultam antes de sentimentos aprazíveis ou dolorosos desencadeados pela "simpatia", *pela capacidade de nos identificarmos com os outros participando do seu prazer ou dor*.³⁴⁸

³⁴⁸ Neste aspecto, Hume enfrenta o problema do livre-arbítrio, porque não lhe parece defensável que, se nossas ações foram determinadas há milhões de anos, dependam efetivamente de nós. Por outro lado,

Na seara política, David Hume, como observa Paulo Otero³⁴⁹, é bem consciente da luta interna e externa que em todos os governos se trava no binômio autoridade-liberdade, e nesse sentido, é pessimista, pois acredita que *os indivíduos não têm segurança qualquer para sua liberdade, porquanto ela está na dependência do titular do poder político*, e os homens, sublinha, se guiam principalmente pelos seus interesses, embora David Hume reconheça o valor moral do homem humanitário.

A existência de regras, em seu pensamento, é uma exigência da convivência social, *sinalizando o Direito como uma realidade humana*, dada a sua sociabilidade. Por outro lado, a centralidade decisória em seu pensamento, está exclusivamente vinculada à *utilidade pública*, que compreende como a origem da *justiça*. É na *justiça*, ademais, que reside o fundamento das leis relativas à propriedade e, na esteira de John Locke, David Hume elege a tutela da propriedade como um dos fundamentos do poder político, tutela que compreende como um dos fundamentos da própria sociedade humana, admitindo o sacrifício da propriedade privada somente em situação de limite, em casos extremos.

Avesso à anarquia, e na linha de John Locke, entendendo que um governo legítimo só pode resultar do consentimento do povo, David Hume via na obediência à lei uma razão de subsistência da própria sociedade, admitindo, contudo, o direito de resistência em casos excepcionais, quando o povo estivesse em risco de violência e tirania.

Bem examinado, no quesito da *natural sociabilidade humana*, sob um enfoque nitidamente sociológico da vida em coletividade, enfatizando a necessidade de se reconhecer uma faceta social imanente do homem, à semelhança de Aristóteles, os estudos de David Hume são extremamente relevantes à afirmação de uma dimensão social em cada indivíduo, em especial, por sustentar que *todas as criaturas humanas estão relacionadas conosco pela semelhança*.

Sim, porque, em David Hume, os seres humanos, em suas existências, em seus interesses, em suas paixões, em suas dores, em seus sofrimentos e em seus prazeres, devem nos tocar vivamente, produzindo em nós uma sensação muito similar à original,

coloca o dilema da livre-vontade e sua incompatibilidade com o indeterminismo, pois acredita vivamente que as ações são determinadas pelos eventos precedentes. A juízo de Hume, as ações não são determinadas pelo seu caráter, as suas preferências, os seus valores etc., pois não imagina como alguém possa ser tido por responsável pelo seu caráter. Logo, a livre-vontade parece requerer o determinismo, porque, senão, o agente e a ação não estariam conectados do modo necessário por ações livremente escolhidas. Logo, ao contrário do senso comum, para Hume, a livre-vontade parece requerer o determinismo. É que, na visão de Hume, o comportamento humano, como tudo o mais, é causado (causal). Por isso mesmo, se tomamos as pessoas como responsáveis pelos seus atos, devemos focar a recompensa ou a punição de forma a que eles façam aquilo que é moralmente desejável e evitem aquilo que é moralmente repreensível (poderíamos aí antever o que Norberto Bobbio, séculos após, identificou como a função positiva da sanção, para, positivamente, estimular comportamentos desejados).

³⁴⁹ In *Instituições Políticas e Constitucionais*, pp.195-196.

na medida em que uma ideia vivida se converte facilmente numa impressão, e por entender que todas as criaturas humanas estão relacionadas conosco por semelhança.

Para David Hume, se isso é verdadeiro no geral, quanto mais o será no que respeita à aflição e à tristeza, que afirma exercerem uma influência mais forte e duradoura do que o próprio prazer ou a satisfação.

O Filósofo britânico, nascido na Escócia, contudo, jamais referiu em seus desenvolvimentos, o termo “*solidariedade*”, muito embora tenha tido o mérito de sublinhar, em seu pensamento, a ideia de um indivíduo se colocar no lugar no outro, uma espécie de empatia; de sentir a mesma coisa que o outro e de ser tocado ou sensibilizado com esse sentimento, sendo isso da natureza humana.

Mas, quando afirma em seus desenvolvimentos que a centralidade decisória do poder está exclusivamente vinculada à *utilidade pública*, aí já não podemos mais extrair um reconhecimento adequado da condição de pessoa humana e sua dignidade imanente e, por conseguinte, de dever fundamental, que não se reconduzem à ideia de sentimentos e de utilidade pública, ainda que sustente que esses sentimentos e a própria utilidade social devem constituir o motor de toda a ação moral, mas, também, o fundamento de qualquer direito humano.³⁵⁰

Não deixa, contudo, de ter um certo sentido de *ação* e de *cooperação*, justamente porque preconiza uma *capacidade natural de nos identificarmos uns com os outros, participando de seu prazer e de sua dor*, o que nos conduz a pensar essa proposta como uma perspectiva de igualdade, uma espécie de ver no outro um outro eu, embora David Hume nunca tenha dito isso em seus escritos.

Na temática em torno do processo histórico de afirmação da solidariedade, o pensamento de David Hume ainda se mostra importante, por ele *enxergar o próprio Direito como uma realidade humana*, que decorre justamente de sua sociabilidade natural, em que pese insuficiente por não considerar seus elementos essenciais (*justiça, segurança e liberdade*), sem o qual ele perde a sua identidade e deixa de sei o que é.

É dizer, o conjunto dos seus desenvolvimentos filosóficos não são impassíveis de críticas, dentre as já citadas, notadamente pela verificação de uma perspectiva

³⁵⁰ Richard Rorty (in *Contingency, irony and solidarity*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989, p. 59 e s.), numa concepção neopragmatista pós-moderna, irá propor, na contemporaneidade, um retorno ao pensamento do Filósofo Escocês David Hume, por defender que a *emotividade humana*, em especial a compaixão, explica mais claramente como as abstrações racionalistas que transformam em tendência social o reconhecimento da dignidade humana que converte em imoral todo o sofrimento desnecessário de uma pessoa que consideramos membro de nossa sociedade. A dignidade, nessa perspectiva, tem fundamento emotivista e depende das qualidades morais das pessoas.

efetivamente utilitarista, o que se conclui a partir do momento em que David Hume defende que a centralidade decisória (o poder político) se acha vinculada exclusivamente à *utilidade pública*, pois, com isso, David Hume acaba desconsiderando cada ser humano em sua individualidade e suas necessidades (ignorando uma dimensão individual preeminente e imprescindível da dignidade humana), como se este não fosse uma unidade substancial, um universo em si mesmo, único, irrepetível e insubstituível, albergando em sua singularidade a humanidade.

Essa feição utilitarista ainda pode ser extraída de sua obra, porque David Hume não exerga a *justiça* como algo imanente do próprio Direito, porque essencial da própria condição humana e porque propõe a obediência à lei como uma razão de subsistência da própria sociedade, sem considerar hipóteses em que a defesa da sociedade - e da própria ideia de Direito (do qual um dos elementos substanciais a *justiça*) - pode consistir exatamente no dever de desobediência do Direito injusto (o não-Direito).

A propósito do dever de obediência às leis, vale lembrar que David Hume também sofreu a influência do pensamento do inglês John Locke³⁵¹, precursor do *princípio da separação de poderes* - tão caro aos propósitos burgueses - adiante sistematizado por Montesquieu, como acima abordado, cuja doutrina foi importante perscrutar, especialmente para uma primeira compreensão em torno do Estado de Direito, que irá repercutir em matéria de controle de constitucionalidade e na questão do controle de normas *jus cogens* porventura não desconsideradas ou de obediência camuflada ou dissimulada pelo Legislador Constituinte, questão da qual trataremos na segunda parte deste estudo.

Superado, de qualquer sorte, esse contributo da filosofia de David Hume no que respeita à conformação de um Estado Constitucional de Direito, se a doutrina lockeana se estruturou sobre as ideias de liberdade, de imposição de limites ao poder estatal

³⁵¹ Pode-se considerar John Locke um dos principais empiristas de seu tempo. David Hume foi altamente influenciado pelo Inglês, especialmente no aspecto em que aquele nega categorias inatas de ideias (*in Ensaio Sobre o Entendimento Humano*. 2v. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999), preconizando que nossa mente é como uma lousa em branco, uma tábua rasa, e o conhecimento é determinado pelos sentidos, ou seja, pela experiência. Na obra, ele também sustenta a existência de direitos naturais como categorias inatas, expressivas da liberdade que não se desfaz pelo contrato social. No *Primeiro Tratado sobre o Governo Civil*, John Locke irá criticar a tradição que afirmava o direito divino dos reis, a base do Absolutismo, sustentando que a vida política é uma invenção humana, completamente independente das questões divinas e tem a finalidade de preservar a humanidade pre-existente ao poder. Igualmente aí irá situar a *caridade* como um *dever moral*, afirmando que ela é um *direito* daqueles que a recebem, razão pela qual não lhe pode ser negada, já que os recursos terrenos existem para a utilidade de todos. No *Segundo Tratado sobre o Governo Civil (Dois Tratados sobre o Governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998), onde inclui o resumo do primeiro, John Locke expõe sua teoria do Estado Liberal e da propriedade privada.

segundo o reconhecimento de direitos naturais do homem oponíveis ao poder político, consoante uma perspectiva de direitos subjetivos, foi principalmente por meio de pensadores como Jean-Jacques Rousseau (na França), Tomas Paine (na América) e Immanuel Kant (na Alemanha Prussiana) que, no âmbito do *Iluminismo* - a inspiração jusnaturalista antropocêntrica, radicada no individualismo -, a noção de *direitos humanos*, como categoria inata de direitos do homem (à razão do homem) sedimentou-se. Foi Tomas Paine, aliás, aquele que popularizou a expressão “*direitos do homem*”³⁵² em substituição à expressão *direitos naturais*.

Tomas Paine (1739-1809), numa abordagem concisa, contribuiu vivamente com o espírito liberal subjacente às Revoluções Norte-Americana e Francesa, muito especialmente por defender a ideia de existência de direitos naturais intelectuais (e que, nesse aspecto, os homens são diferentes, cada qual com suas potencialidades) e também direitos civis, que naqueles encontram seu fundamento; por compreender os *direitos que o homem possui como membro de uma sociedade* e que o poder não pode ser usado para invadir os direitos naturais de cada ser humano.

Tomas Paine, na esteira aristotélica, sustentou que em um país informado pela liberdade, *o governo deve ser exercido pelas leis e não pelos homens*, defendendo um modelo republicano, ao mesmo passo em que sublinhou a imprescindibilidade de uma Constituição sem a qual, enfatizou, só há *Poder*; não há *Direito*. Mais: o poder que essa Constituição emana não pode ser estabelecido em benefício de quem governa, porquanto *todo o governo deve ter por objetivo o bem de todos*, sinalizando para um caminho que parece se harmonizar com um discurso solidarista e com o princípio do *bem comum*, mas que ainda é irremediavelmente individualista, e não centrado na pessoa humana, porque vê esse *bem comum* como a soma de todos os bens individuais: seu paradigma ainda é o indivíduo insulado, visto de forma alheia à sua dimensão social.

Esse novo projeto chamado Estado Liberal, para sua consolidação definitiva, reclamava algo mais para sedimentar a ideia de *controle do poder* e defesa da liberdade: era preciso implementar a separação entre a Moral e o Direito, como dantes afirmado, pois era imprescindível estendê-lo ao âmbito jurídico e, para tanto, era necessário afastar da ordem jurídica, em especial, da disponibilidade do aplicador (executor e julgador) do Direito, todas as considerações de natureza *valorativa*, especialmente as concepções religiosas e morais, o que exigiu que o fundamento do Direito Natural não

³⁵² SARLET, Ingo Wolfgang, in *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p.47.

tivesse, em definitivo, bases divinas, mas que fosse algo que radicasse, doravante, apenas na natureza humana; que tivesse fundamento a razão humana; um modelo de Direito posto pelo Estado (as leis civis), que já não fosse a expressão da vontade despótica do Monarca, mas, ao contrário, que fosse a expressão do governo das leis, é dizer, expressão da própria razão, por meio de modelo político procedimental compreendido como a própria manifestação ou encarnação da soberania popular em que o povo estivesse representado.

À altura, chega-se à completa *erosão* do paradigma do Direito Natural, para usar da eloquência de Celso Laffer³⁵³, sintoma sentido pela gradual substituição do termo *Direito Natural* pela expressão *Filosofia do Direito* que, como anota o mesmo autor, cuida-se de um novo modelo de pensamento jusfilosófico, que começou a ser difundido na Europa a partir do Século XIX³⁵⁴ e que nasceu como uma resposta à dissolução da unidade espiritual (corpo e espírito), caracterizado exatamente por uma concepção individualista do Direito, o que nos permite ao menos entender o arquétipo do *direito subjetivo*, que tem no indivíduo isolado sua marca distintiva, que não se pretende devedor de nada no sentido autônomo.

A propósito da ideia em torno do governo das leis, é nela que se apoia a burguesia quando ascende ao poder político. Para tanto, é-lhe fundamental a postura do contratualista Jean-Jacques Rousseau, pois ele irá informar toda a racionalidade jurídico-estatal dali para frente.

A ideia de direitos naturais do homem conservados no seio do Estado; a noção de limites à atuação da vontade do poder estatal, bem como a ideologia dicotômica entre o público e o privado (pela separação entre Política e Economia), já haviam modificado, substancialmente, na visão de John Locke, a fundamentação hobbesiana para o surgimento do Estado.

Porém, a consagração do elemento democrático não poderia prescindir de uma nova leitura do *contrato social*; de outra justificativa ou motivo pelo qual os homens concordam em ingressar para a sociedade civil e em se submeterem à autoridade dessa ficção jurídica que é o Estado.

Para essa nova leitura foram decisivas as doutrinas não apenas de Jean-Jacques Rousseau (de quem adveio o elemento democrático do qual acima falamos), mas, também, de Immanuel Kant (de quem emanou um novo conceito de pessoa), cujas bases

³⁵³ In *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. 1ª impr. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p.41.

³⁵⁴ In *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. 1ª impr. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p.40.

acabariam por suportar esse novo perfil do modelo de Estado Liberal em que a lei posta pela autoridade estatal, notadamente, pelo *Parlamento*, fosse se tornando a fonte exclusiva da verdade jurídica, ou seja, do Direito.

De efeito, na visão do último contratualista, o Francês Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), todos os homens nascem livres e iguais³⁵⁵. “*O homem nasceu livre, e em toda a parte se encontra sob ferros. De tal modo, acredita-se o senhor dos outros, que não deixa de ser mais escravo que eles. Como é feita essa mudança? Ignoro-o. O que é que a torna legítima? Creio poder resolver o problema*”³⁵⁶, afirma, de plano, o Filósofo.

O homem natural de Jean-Jacques Rousseau não é um "lobo" para seus companheiros, como no imaginário hobbesiano. Na proposta de Rousseau, o homem, em estado de natureza, bem ao revés das posturas organicistas e sociológicas (destas trataremos mais adiante), apenas *não está inclinado* a se juntar a eles em uma relação duradoura e a formar com eles uma sociedade (não tem para como eles *affectio societatis*).

Esse homem natural concebido por Jean-Jacques Rousseau não sente *vontades*. Seus desejos são todos satisfeitos pela natureza, e a sua inteligência, na percepção rousseauiana, é reduzida apenas a *sensações*; aliás, no estado de natureza, o homem não pode sequer ter ideia do que seria tal *associação*. Ele tem *instinto natural* e isso lhe é suficiente. Esse instinto é *individualista*. Segundo Jean-Jacques Rousseau, não induz a qualquer vida social nem reclama qualquer vivência coletiva.

Nesse espectro, *não há falar em deveres para com os outros*, tampouco em uma realização da dignidade na via relacional. Sem embargo, Jean-Jacques Rousseau reconhece um *impulso interior de comisseração*³⁵⁷, a piedade, mas a considera uma *virtude* e não produto da *razão*.

No estado de natureza, Jean-Jacques Rousseau considera que o homem era livre, feliz, pois autossuficiente³⁵⁸; quase não existiam desigualdades e necessidades, vez que

³⁵⁵ In *O Contrato Social*. Versão digital. <http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/contrato.pdf>, acesso em 16-01-2013.

³⁵⁶ In *O Contrato Social*. Versão digital. <http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/contrato.pdf>, Livro I, p. 10, acesso em 16-01-2013.

³⁵⁷ Por isso, em seu estado de natureza, o homem “*nunca fará mal a um outro homem nem mesmo a um ser sensível, exceto no caso legítimo em que sua conservação, estando em jogo, o obrigue a dar preferência a si mesmo*” (in *Discurso Sobre a Origem e os Fundamentos das Desigualdades*. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&MPocket, 2011, p.38).

³⁵⁸ Transparece ser, no imaginário de Jean-Jacques Rousseau, aquele estado de autossuficiência mencionado por Aristóteles, que torna o ser carente de nada.

havia um equilíbrio perfeito entre o *ser* e o *ter*³⁵⁹. Proclama, então, que nesse estágio não civilizado, todos os frutos eram da terra e a terra era de ninguém. Toda desigualdade, salvo aquelas próprias da natureza - *pois ela mesma seleciona* -, como idade, peso, altura, saúde etc., se baseia na noção de propriedade particular criada pelo homem e o sentimento de insegurança com relação aos demais seres humanos.

As desigualdades, em síntese, somente aparecem, na teoria rousseauiana, com o advento da comunicação, da interação, da comparação e, principalmente, da propriedade privada, causa da substancial alteração do estado de natureza do homem. Depois de seu surgimento, o homem se tornou ambicioso e egoísta e, por conseguinte, beligerante. É dessa circunstância que emergiu a necessidade de associação, também em seu imaginário levada a efeito por meio de um contrato social, mediante uma autovinculação.

Para viver em sociedade, diz, foi necessária a *razão* ao homem natural³⁶⁰. Esta, para Rousseau, foi o instrumento que enquadrou o homem (nu) ao ambiente social (vestido). Assim como o *instinto* é o instrumento de adaptação humana à natureza, a *razão* se converte no instrumento de adaptação humana a um meio social e jurídico.

A exemplo de Thomas Hobbes, Jean-Jacques Rousseau entende que quando o homem decide ingressar, por meio dessa convenção³⁶¹, para a sociedade civil (civilizada), ele abre mão de toda a sua liberdade e de todos os direitos existentes no seu estado de natureza.

Porém, o homem não os aliena a um terceiro nem a uma ficção, senão que para si mesmo, como integrante de um “*Corpo Social*”, que é um todo do qual ele próprio faz parte (aqui há uma retomada da ideia platônica de participação).

³⁵⁹ Veja-se que, ao menos no estado de natureza, Rousseau enxerga a paz no equilíbrio entre o ser e o ter.

³⁶⁰ Antes dela, Rousseau só reconhecia dois princípios: o bem estar e a conservação de si próprio (in *Discurso Sobre a Origem e os Fundamentos das Desigualdades*. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&MPocket, 2011, p.37): “Deixando de lado, pois, todos os livros científicos que nos ensinam apenas a ver os homens tais como são feitos, e meditando sobre as primeiras e mais simples operações da alma humana, creio nela perceber dois princípios anteriores à razão, um dos quais interessa ardentemente ao nosso bem-estar e à conservação de nós mesmos, ao passo que o outro nos inspira uma repugnância natural ao ver perecer ou sofrer todo o ser sensível. É do concurso e da combinação que o nosso espírito é capaz de fazer desses dois princípios, sem que seja necessário introduzir o da sociabilidade, que me parecem decorrer todas as regras do direito natural, regras que a razão é a seguir forçada a estabelecer sobre outros fundamento quando, por seus desenvolvimentos sucessivos, acaba por sufocar”.

³⁶¹ “Se eu considerasse tão-somente a força e o efeito que dela deriva, diria: enquanto um povo é constrangido a obedecer e obedece, faz bem; tão logo ele possa sacudir o jugo e o sacode, faz ainda melhor, porque, recobrando a liberdade graças ao mesmo direito com o qual lha arrebataram, ou este lhe serve de base para retomá-la, ou não se presta em absoluto para subtraí-lo. Mas a ordem social é um direito sagrado que serve de alicerce a todos os outros. Esse direito, todavia, não vem da Natureza; está, pois, fundamentado sobre convenções...” (in *O Contrato Social*, p.10).

Por meio do contrato social rousseauiano, cada indivíduo une-se a todos os demais e, por isso, quando obedece às leis humanas ditadas por esse todo, o “*Corpo Social*”, o homem é tão livre quanto antes, quando de seu estado de natureza, porque obedece nada menos do que às leis que ele próprio outorgou a si mesmo, por sua participação nas decisões políticas, imediatamente decorrente da democracia.

No modelo rousseauiano, as leis - porque produto da vontade humana - são dotadas de razão (a razão humana, porque no homem ela reside); por isso, elas são autoevidentes e *se identificam com o próprio Direito*; mais: identificam-se exatamente com o Direito válido, enquanto *expressão da vontade geral da coletividade* (do “*Corpo Social*” ou do Estado), pela *decisão da maioria* que, na sua visão, nunca se engana e nunca está errada.

Desse modo, solidifica-se a ideia de governo das leis e não de alguns homens. As leis, sob este prisma, confundem-se não apenas com o próprio Direito, mas, por representarem a vontade majoritária, jamais são erradas, porque a maioria não erra, configuram, ainda, uma manifestação da *soberania estatal*.

Com efeito, em Jean-Jacques Rousseau, assistimos nascer o vigor da *soberania do Estado*, e esta se acha radicada no *Parlamento*, de onde emanam as leis, expressivas da *vontade geral* apurada pelo idolatrado *princípio majoritário*. A *vontade geral* é alicerçada numa postura ‘democrática’. Sim, pois quando a burguesia logrou fazer de sua doutrina a doutrina de todas as classes, o princípio liberal chega ao princípio democrático³⁶², mas como um princípio democrático alijado, na medida em que, como antes referimos, os sem-propriedade seguiam sem direito ao voto e sem vez.

O pensamento rousseauiano é de especial interesse ao tema investigado, porque, como bem observa Paulo Otero³⁶³, nele “*existe a formulação de um conceito formal de Direito*” que, pelo princípio majoritário, se legitima pelo mero procedimento e é admitido como válido pela simples razão de emanar de uma fonte Estatal legítima, ao exclusivo argumento de constituir a expressão da *vontade geral* (da maioria), aos moldes do Positivismo Jurídico kelseniano, como se a vontade da maioria pudesse transformar tudo em justiça, inclusive fazer justo aquilo que, em seu conteúdo, de justo nada tem.

A vontade da maioria transforma-se, na proposta de Jean-Jacques Rousseau, na verdade universal e imutável, da Modernidade, de um Estado (formal) de Direito, pois o

³⁶² In *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.43.

³⁶³ In *Legalidade e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 2007, p.64.

legislador, pelo princípio majoritário, tem pretensões de onisciência, onipresença e onipotência, se sentido, inclusive, apto ou capaz de prever, por meio das leis, de modo abstrato, todas as situações da vida passíveis de ocorrerem, estabelecendo, para tais situações hipotéticas, as respectivas consequências legais ou soluções jurídicas se, no mundo dos fatos, elas vierem a ocorrer, é dizer, para a violação ou ameaça de violação das leis postas (com resoluções prontas, a operar na lógica do “se-então”). Em uma boa leitura, a *vontade da maioria*, expressão da soberania popular, assume o papel antes reservado a Deus.³⁶⁴

Na seara política, o *Contratualista* francês imaginou (se iludiu, quis se iludir ou quis iludir), desde a premissa de que o Estado é a única fonte criadora do Direito (fora dos quadros estatais, ele não existe; logo, o Estado precede o Direito), um Parlamento (representativo da soberania popular, pelo princípio majoritário, por meio da vontade geral) que tudo sabe, e que era capaz, já nos idos do século XVIII, de antever todas as relações sociais e possíveis conflitos delas emergentes, como apta a dar uma solução abstrata, pronta, pré-fabricada, “*prêt-à-porter*”, para todos os casos e situações conflitantes da vivência em sociedade, transformando em postas, pré-estabelecidas e iguais, todas as situações da vida; da vida, evidentemente, de seu tempo, para podermos dimensionar a extensão da pretensão.

Por isso, a Administração desse “*Corpo Social*” não gozava de nenhum espaço de autonomia decisória e criadora do Direito, cumprindo-lhe apenas dar execução às leis (expressão da razão humana) emanadas do Parlamento e, portanto, cumprir a vontade da maioria, já que a ele a Administração se subordinava, agindo sob numa espécie de *delegação*. Executar a lei seria, invariavelmente, aplicar ao conteúdo de atos concretos da vontade geral do soberano (o povo), corporificado na figura do Estado (centralizador do poder político), que principiava pelo Legislativo (o berço genuíno e exclusivo do princípio democrático).³⁶⁵

³⁶⁴ Muito embora o próprio Jean-Jacques Rousseau, em seu *Contrato Social*, afirme que, na verdade, nunca houve, em qualquer povo, um legislador de leis extraordinárias que não recorresse a Deus, já que, de outro modo, essas leis não seriam aceitas; pois não há muitos bens conhecidos de um homem prudente que não têm em si razões evidentes capazes de persuadir os outros.

³⁶⁵ Neste aspecto, Paulo Otero (in *Legalidade e Administração Pública*, pp.65-67) ressalva que, em situações extremas, em que esteja em causa a destruição do próprio Estado, Rousseau admitia concentrar poderes nas mãos do governo e mesmo que este suspendesse as leis, podendo, nesse caso excepcional, agindo como um ditador, tudo fazer, exceto leis. Essa atuação temporária e funcionalizada à salvaguarda do Estado ou da ordem pública demonstra, ao fim e ao cabo, como destaca o autor, que o soberano Poder Legislativo, tido por Rousseau como o “coração do Estado”, era insuficiente para a tutela e para a garantia da sobrevivência do próprio Estado. A nosso ver, isso coloca em xeque o próprio contratualismo e reforça a ideia de que o verdadeiro estado de natureza é o estado social natural do homem.

No formalismo do Estado rousseauiano, além de não haver espaço criativo, valorativo ou decisório do Direito para o órgão de execução das leis (o Poder Executivo), tal espaço também não era reconhecido ao órgão julgador (o Poder Judiciário), cuja função se restringia a aplicar o Direito emanado do Parlamento, tal como por este ditado, sendo defeso à Administração Pública, na execução das Leis, e aos Magistrados, em seus julgamentos, exararem quaisquer juízos de valor sobre a lei a incidir na verificação de uma situação hipoteticamente legislada em sua aplicação ao caso concreto, cumprindo-lhes consagrar a lei nos exatos termos em que posta pelo Poder Legislativo que, soberano, traduzia, com fidelidade, a *vontade geral* da sociedade em norma jurídica.

Jean-Jacques Rousseau, como visto, abriu caminho para uma legitimidade democrática representativa, ao mesmo tempo em que forneceu as bases de um Estado formal de Direito como dantes referido, divinizando o princípio majoritário, na medida em que a maioria nunca erra, mas olvidando que nem a maioria e tampouco a unanimidade pode transformar em justo o que não é; sustentando a inflexibilidade das leis, rechaça, na sua execução e no seu julgamento, qualquer consideração de ordem valorativa ou pragmática, e afirma a impossibilidade de sua adaptação aos casos concretos, pena de torná-las perniciosas a subverter a *vontade geral* (isto é, promover um desalinho, portanto, para com a vontade democrática), além de constituir uma ameaça que punha em risco a existência do próprio Estado, trazendo, assim, insegurança, parcialidade e instabilidade.

O relevo da doutrina de Jean-Jacques Rousseau ao tema ora investigado se faz sentir em nível do debate em torno da igualdade e da justiça, porque o conceito formal de Direito conduz a um conceito formal de igualdade (perante a lei), como o único modelo de igualdade possível entre os homens, uma vez que expurga do conceito de Direito qualquer ideia de justiça, inclusive de substancial ou material, ou qualquer perspectiva de dar um tratamento desigual aos desiguais, face às amarras ao Parlamento.

Entretanto, não nos pode passar despercebido que, em contradição à formalidade que propõe no *Discurso sobre as Origens e Fundamentos das Desigualdades entre os Homens*, Jean-Jacques Rousseau considerou haver, no homem, a inspiração de “*uma repugnância natural ao ver perecer ou sofrer todo o ser sensível*” (um discurso bem semelhante ao de David Hume), e aí ele admite a necessidade, precedentemente à *razão*, inclusive, de introduzir o princípio da “*sociabilidade*”, de onde lhe parece decorrer

todas as regras do Direito Natural, *onde a razão é forçada a se estabelecer sobre outros fundamentos*.³⁶⁶

Isso, a nosso juízo, mostra, no particular, todo o paradoxo de sua tese, pois, além de admitir, aí, uma certa sociabilidade natural do homem, obviamente pelo reconhecimento do outro e da empatia, a ponto de ser tocado pelas mazelas do seu semelhante, Jean-Jacques Rousseau firma um princípio de *justiça* que lhe é correlato. Ou seja, se Rousseau queria negar a sociabilidade humana, isso foi tudo o que ele conseguiu fazer, tampouco logrou convencer de uma fundamentação contratual para a sociedade civil e política. Por outro lado, o Estado de Direito Formal, como de resto, não construiu uma ideia de igualdade material e não se ocupou do conteúdo da dignidade humana como um todo, sendo, portanto, um Estado avesso à ideia de solidariedade.

Na síntese das ideias contratualistas, podemos retomar a lição de Celso Lafer, quando se refere à erosão do Direito Natural. O homem e o Direito Moderno restaram extirpados da natureza. Só o Estado e as leis que ele emana constituem um princípio ordenador; a natureza é carente dele.

Para além disso, como bem observa José Fernando de Castro Farias, “*apesar das diferenças entre Hobbes, Locke e também Rousseau, estes autores do pensamento moderno se encontram quando consideram que o direito natural não contém em si mesmo a ideia de uma ordem ou de uma organização*”³⁶⁷. É preciso, segundo os mesmos, uma separação completa entre esses dois mundos distintos (o da ordem da natureza e o da ordem social), para que a ordem possa se estabelecer na convivência humana.

Mas isso não significa, conforme sinaliza o aludido autor, que “*a ordem social seja contra a natureza; ao contrário, ela é vista como um prolongamento da natureza, isto é, da razão, mas o direito natural moderno pretende pôr como critério de ordem, como condição de possibilidade da ordem, o divórcio entre o mundo da natureza e o mundo da ordem social, ligados unicamente pela razão*”³⁶⁸, separando-se, aí, também, Justiça e Moral (à altura, por influência da filosofia kantiana, atrelada ao domínio da pessoa isolada, pois inadmitte uma moral coletiva), como entre Moral e Direito.

Com efeito, quando se trata de uma abordagem voltada às concepções liberais na formação de ideia de direitos humanos e de uma busca de identificação de algum

³⁶⁶ Op.cit., p.7.

³⁶⁷ In *A Origem do Direito de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.54.

³⁶⁸ Op.cit., pp.54-55.

contributo para a afirmação da solidariedade, não se pode deixar de adentrar, ainda que de forma concisa, o pensamento de Immanuel Kant (1724-1804), em especial, no que respeita aos seus desenvolvimentos na construção da ideia de pessoa e de dignidade humana, e à sua compreensão em torno da autonomia da vontade como expressão máxima da liberdade e princípio supremo da moralidade.

Immanuel Kant será aquele a pensar efetivamente a justiça fora de um enquadramento teológico, ou seja, desvinculada de uma lei da natureza interiorizada pelos homens cristãos, como sublinha Luis Pedro Pereira Coutinho³⁶⁹; antes, almeja dela uma cabal emancipação, não somente em face de Deus, “*mas de uma libertação do homem de uma qualquer heteronomia enquanto suposto titular de uma razão plenamente autossuficiente*”, por entender que somente uma razão incondicionada pode libertar o homem. Só aí ele poderá encontrar uma autonomia perfeita, segundo a liberdade de obedecer a uma lei autoprescrita, é dizer, que não seja ditada pela natureza.

Em Immanuel Kant, essa ordem se contrapõe à natureza, porquanto a lei moral autoimposta, vem do interior de cada homem e não pode ser definida a partir de um recurso à ordem externa. Nestes termos, como sublinha Luis Pedro Pereira Coutinho³⁷⁰, no projeto kantiano, está em causa a afirmação da *soberania do homem*, segundo uma construção ética liberta de um enfoque teológico, uma vez que, em Kant, somente uma razão totalmente emancipada (não constrangida ou não assistida) seria, por si própria, capaz, na seara de “processo de pensamento”, de se afirmar como produto da razão.

Nesse projeto de emancipação, primeiramente, Immanuel Kant reformula o conceito de pessoa. Etimologicamente, como já tivemos a oportunidade de dizer, o termo *pessoa* deriva do grego *prósopon*, que era algo muito distante de um sentido ontológico, porque se referia às máscaras utilizadas pelos atores, em peças teatrais, em suas representações.

Vimos, também, que, tanto Platão como Aristóteles empregaram, em suas respectivas filosofias, os conceitos substância, natureza e essências, cada qual com o seu peculiar matiz, mas sempre com substrato cosmológico; referiam o homem como portador de um *logos* e detentor de uma alma intelectiva, mas a realidade grega desconheceu o conceito de pessoa.

Tal conceito, conforme destacado no capítulo anterior, somente surgiu com o advento do Cristianismo, quando se assumiu com um sentido teológico e sofreu uma

³⁶⁹ In *A Autoridade Moral da Constituição*. Coimbra: Editora Coimbra, 2009, pp. 41-42.

³⁷⁰ In *A Autoridade Moral da Constituição*. Coimbra: Editora Coimbra, 2009, p.43.

profunda reformulação (de base *jusnaturalista divina*), primeiro em Boécio, que definiu pessoa como uma substância individual de natureza racional; um composto de espírito e corpo, percebendo algo que os gregos não haviam logrado compreender no homem: a realidade única, original, particular e concreta do ser pessoa.

Mas, ao longo do processo de afirmação do próprio Cristianismo, o pensamento em torno do conceito de pessoa foi além da formulação de Boécio, justamente quando a Filosofia Cristã percebe que o conceito de *relação* – (porque o homem se relaciona com Deus, sendo feito, na perspectiva cristã, à sua imagem e semelhança, e, pela igualdade, se relaciona com os seus irmãos em Cristo) - parece defini-la com mais profundidade, justamente por se tratar de *um elemento dela constitutivo ou essencial*, de modo que a pessoa poderia ser definida pela substância ou pela relação, considerando-se *pessoa* e *relação* como conceitos sinônimos, na medida em que a relação não poderia ser compreendida como algo accidental na pessoa; antes, configurava seu estrutural e, por conseguinte, *inerente da própria natureza humana*.³⁷¹

Em Immanuel Kant, a reflexão em torno de “pessoa”, em face do seu projeto de emancipação teológico, percorre outro caminho, já não pela perspectiva ontológica (do ser enquanto ser); ele opta pelo caminho da Ética para conceituá-la e para fundamentar o seu conceito de dignidade.

O Filósofo de Königsberg irá destacar o caráter racional do ser humano e colocar essa característica como aquilo que o distingue de todas as demais coisas (que o diferencia, inclusive, dos demais animais não humanos).

Os seres humanos, conforme observa Immanuel Kant, possuem desejos e têm objetivos autoconscientes. São, em outros termos, *agentes racionais* e, bem por isso, livres e capazes de tomar por si suas decisões, de definir seus objetivos, de eleger os meios para alcançá-los e de guiar suas respectivas condutas, tudo pelo emprego da *razão*; *eles existem como fins em si mesmos*, não como meros meios, dos quais esta ou aquela vontade possam se servir ou dispor, segundo o seu arbítrio ou a sua vontade, o que veda a sua instrumentalização.

Isso revela, na arguta observação de Fábio Konder Comparato³⁷², o primeiro postulado ético de Immanuel Kant, ou seja, “*o de que só o ser racional possui a faculdade de agir segundo a representação de leis ou princípios; só um ser racional*

³⁷¹ MERINO, J.A, in *História de La Filosofia Franciscana*. Madrid: BAC, 1993, p.71.

³⁷² In *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2007, p.21.

tem vontade, que é uma prática da razão, que denomina razão prática”. Por isso o homem é pessoa.

Bem observado, no sistema filosófico kantiano irá aparecer, uma vez mais, o vetusto *jogo de opostos*, mas, agora, empregado no plano ético: Immanuel Kant, em contraposição à ordem da natureza, elabora uma oposição ética (e não ontológica) entre as *pessoas* e as *coisas*.

Dito de outro modo, os entes cujo ser não dependem de nossa vontade, mas da natureza - e são, por isso, irracionais -, possuem um valor meramente relativo, isto é, são meios, e justamente por isso são denominados *coisas*; já os entes racionais, ao revés, são designados como *pessoas*, porque o seu valor é absoluto, qualidade que lhes tributa a própria natureza humana.

Possuindo fins em si mesmas, as pessoas não podem ser utilizadas como meios por elas mesmas ou por outras pessoas para que atinjam os seus próprios fins ou objetivos. Immanuel Kant quer enfatizar que a *pessoa não é uma ferramenta ou um utensílio*. Disso extrai a conclusão de que a *condição de pessoa é limitativa do nosso próprio arbítrio e do arbítrio de outrem*: somos livres para elegermos e realizarmos os nossos fins, mas não podemos utilizar uma pessoa, seja ela nós mesmos ou outras, como aparato ou utensílio (próprio das coisas), isto é, como meios para atingirmos os nossos objetivos.³⁷³

É o que propõe Immanuel Kant: a dignidade da pessoa não resulta só de sua distinção em relação às coisas nem da circunstância de, em sendo ela um fim em si mesma, não poder ser reificada para obtenção de um resultado, mas, também, do fato de que, em razão de sua vontade racional, só ela possui autonomia e é capaz de se guiar pelas leis que ela própria dita.

Por isso as coisas têm preço; mas cada ser humano possui uma dignidade; a *humanidade* é uma espécie³⁷⁴ (e não um gênero) e cada ser humano a possui em si; o ser humano não tem preço justamente pelo fato de ser único, irrepetível, insubstituível e insuscetível de troca por coisa nenhuma, nem mesmo por outro ser humano.

Em sendo dotada pela natureza (e não uma lei), por essa vontade racional, a pessoa se submete às leis da *Razão Prática*, pois essa razão é a fonte dessas mesmas leis, que possuem cunho universal (aquelas que o indivíduo dá a si próprio; que se autoimpõe).

³⁷³ A escravidão, por exemplo, é, nessa perspectiva, prática proscrita, ainda que uma pessoa a ele quisesse se sujeitar.

³⁷⁴ É não um adjetivo da pessoa, como sustentou Jacques Maritain, como veremos na segunda parte deste estudo ao abordar a questão do *bem comum*.

Conforme o magistério de Fábio Konder Comparato³⁷⁵, Immanuel Kant, compreendendo que nossa própria vontade é limitada pela dignidade da pessoa humana, vai sustentar, em face desse entendimento, que “*a representação de um princípio objetivo, enquanto obrigatório para uma vontade, chama-se ordem ou comando (Gebot) e de fórmula por meio de um imperativo*”³⁷⁶, que determina, em síntese, que a pessoa aja unicamente segundo a máxima pela qual tudo o que ela possa querer, seja capaz, ao mesmo tempo, de ser concebido ou aceito como uma *lei geral*.³⁷⁷

É que, como acima sustentamos, na percepção de Immanuel Kant, a dignidade humana se acha justamente na sua capacidade de autodeterminação; na aptidão de ser o homem a única criatura competente para se submeter, com liberdade, a leis morais que são reconhecidas como procedentes ou oriundas da *razão prática*.

Essa capacidade dimana, segundo Immanuel Kant, do fato de também o homem ter duas dimensões: uma dimensão *fenomênica* (da qual ele trata na *Crítica da Razão Prática*, onde concluiu que a verdadeira ciência só é possível no mundo sensível, fenomênico, visível), que se sujeita às leis da física, sendo que estas regulam não só a ele, mas a todo o universo (como ser, nascer, crescer e, estando sujeito às intempéries da natureza, degenerar e morrer, sujeita ao *determinismo*); e uma dimensão *noumênica*, onde impera o reino da liberdade (o império das escolhas), subtraído ao determinismo dos fenômenos físicos e, portanto, não fenomênico, o mundo da *contingência*, o que o torna um *ser subjetivo*, livre, constituído por uma interioridade e por uma *consciência moral* (possuidor de uma autonomia).

É esta dimensão, em que impera a *contingência*, que lhe confere liberdade e o torna um *ser moral* que reconhece tanto o valor como a obrigatoriedade das normas que ele mesmo se impõe e o conduz a ser fiel ao *imperativo categórico*, racionalidade que fundamenta a sua dignidade e que lhe permite agir segundo a *razão*.

Aristóteles, afeito à contingência, já havia apontado o critério último da eticidade: a *razão reta*³⁷⁸, também acolhida, na Escolástica, por São Tomás de Aquino. Na Modernidade, com Immanuel Kant, essa *razão reta* é explicada e ganha vigor.

³⁷⁵ In *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2007, p.21.

³⁷⁶ COMPARATO, Fábio Konder, in *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2007, p. 21.

³⁷⁷ Uma maneira diferente de dizer: não faça aos outros o que não queres que faça a ti próprio.

³⁷⁸ A ideia provém, segundo Carlos Roberto Cirne Lima (in *Dialética para Principiante*, p.185), da linha reta dos geômetras, da regra dos arquitetos de puxarem um fio e construírem tetos e paredes seguindo-se exatamente a linha traçada pelo cordão reto esticado.

Em Immanuel Kant, como acabamos de ver, iremos encontrar *duas razões* distintas e separadas, a *Razão Pura* (afeita ao determinismo) e a *Razão Prática* (lôcus da contingência, de onde procedem, conforme já sublinhado, as leis morais, de ordem interna, sem recurso ao mundo exterior que aprisione ou menore o homem, e onde se localiza o início de toda metafísica kantiana), porque ele preconiza duas formas do saber.

Assim como em Platão, o sistema filosófico kantiano também é transcendente, mas a posição transcendental de Immanuel Kant é muito diferente. Platão, partidário do determinismo (tudo está escrito nas estrelas), pretendeu conhecer o comportamento humano para além dos fatos, a partir de um plano diverso do mundo sensível e temporal, um plano transcendente do qual extraiu, como vimos, modelos ideais e, com base neles, exigências objetivas e imutáveis, modelos eternos não sujeitos às contingências histórico-sociais.

Nesse contexto filosófico, a experiência jurídica, como bem sintetiza José Fernando de Castro Farias³⁷⁹, “*seria um esforço permanente de adequação a modelos transcendentais de justiça importando em valores jurídicos não vinculados à experiência histórica, apresentados como preceitos eternos abrigando sempre as mesmas diretrizes essenciais de ação de forma abstrata e universal*”. Assim, toda e qualquer experiência, inclusive a jurídica, se desenvolveria dentro de horizontes superiores e imperativos de um modelo ideal (também um modelo ideal de justiça), como expressão da harmonia dessa ordem transcendente.

A transcendência kantiana, contudo, tem outro perfil. Para Immanuel Kant, todo conhecimento começa, tal como pensou David Hume, na experiência. Mas conceder que o conhecer comece na experiência não significa e nem prova que todo o consentimento *deriva* da experiência, pois acredita na existência de um conhecimento estabelecido de antemão e distinto do conhecimento experimental. *A experiência não engloba o conhecimento como um todo.*

Immanuel Kant sustentará então, que não existe apenas aquele conhecimento experimental, relacionado com as percepções dos sentidos e, por isso, posterior à experiência ou *a posteriori*, mas, também, o conhecimento puro, consubstanciado naquele que não depende dos sentidos tampouco da experiência, e este é, por isso, um conhecimento *a priori*, universal e necessário.

³⁷⁹ In *Origem do Direito de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar 1998, p.71.

Para explicar a *Razão Pura* (ou Razão Teórica, tradicionalmente pensada como a faculdade de se conhecer algo³⁸⁰, da qual faz parte a consciência humana), Immanuel Kant parte de um pressuposto fático que compreende possa também fundamentá-la, fazendo com isso uma crítica ao uso dogmático da razão (a razão kantiana não se funda em nenhuma lei natural ou divindade).

Esse pressuposto fático que pode fundamentar a *Razão Pura* constitui, conforme o Filósofo, *aquilo que não é questionado por ninguém*; algo que é tranquilamente aceito por todos, como é, por todos, tomado como verdadeiro; algo de que ninguém, em sua consciência, põe em dúvida³⁸¹. *É autoevidente*. Considere-se, aqui, por exemplo, as ideais de *amor*, de *alma*, de *morte* e de *mundo como uma totalidade*, dentre tantos outros possíveis.

A esse pressuposto, ou seja, aquilo aceito por todos como verdade (autoevidente, que se explica por si só) e está, por isso, acima de qualquer questão ou ponderação, o Filósofo formula um questionamento transcendental, perquirindo quais as condições de possibilidade desse pressuposto feito, ou seja, quais as condições imprescindíveis para esse pressuposto existir.

Após esse mapeamento, isto é, identificadas as condições de possibilidade necessárias, Immanuel Kant irá reputá-las verdades “*a priori*” (ou conhecimento *a priori*), evidentes em si mesmas, que nada mais são do que as condições necessárias daquilo que é o pressuposto aceito.³⁸²

Assim, Immanuel Kant irá defender³⁸³ a existência de *juízos sintéticos “a priori”*, uma etapa para se chegar ao conhecimento verdadeiro, não com base em percepção,

³⁸⁰ Já na introdução de sua *Crítica da Razão Prática* (Tradução de Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2003, p.23), em que Immanuel Kant separa os domínios da ciência e da ação, o filósofo denuncia que os teóricos, em relação à *razão*, se ocupavam essencialmente com a faculdade de se conhecer algo que logo se mostravam objetivos inacessíveis, conduzindo-os até mesmo a posturas contraditórias. E a crítica, em apertada síntese, resulta do fato de compreender que a *razão pura* pode ser *prática*, ou, em outros termos, que a razão pura pode conter em si um fundamento prático ou “*suficiente para determinar a vontade*” (op.cit. p.27). Como ele próprio sustenta, “*a razão pura, se preliminarmente se tiver demonstrado que existe, não tem necessidade de qualquer crítica*” (op.cit., p.24). Na obra, o autor se ocupa em demonstrar o princípio de determinação da vontade. Para Kant, “*somente o uso da razão pura, se está estabelecido que há uma razão pura, é imanente. O uso que for condicionado empiricamente, que pretende o domínio exclusivo é, por seu turno, transcendente, e manifesta-se em exigências e ordens que excedem totalmente o seu âmbito, o que constitui precisamente a relação inversa da que poderíamos dizer da razão pura no uso especulativo*” (op.cit. p.24). O conhecimento da *razão pura* irá orientar o uso da razão prática.

³⁸¹ Veja-se como, nesse aspecto, Kant revela-se inspirado pelo pensamento de David Hume.

³⁸² Carlos Roberto Cirne Lima, in *Dialética para Principiantes*, p.186.

³⁸³ In *Crítica da Razão Pura*. Tradução de Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2003, p.41, onde Kant esclarece que uma proposição sintética *a priori* não está fundada em nenhuma intuição. Isso porque Kant compreende a razão como a faculdade do incondicionado e o seu limite para conhecer é o

introspecção, memória ou testemunho, mas com lastro numa *anterioridade lógica*. Ideias (como modelos, no pensamento platônico) não são, em seu entendimento, conceitos; ideias constituem objeto da *Razão Pura* e não podem, por isso, ser conhecidas.

Immanuel Kant, analiticamente, aí numa postura aristotélica, propõe um modo dedutivo de pensar, em que o conhecimento se controle a partir de um fenômeno que alia a *intuição sensível ao conceito de intelecto*. O conhecimento verdadeiro se faz possível, então, pela conjunção entre matéria, proveniente dos sentidos e forma, que são as categorias do entendimento.

Os *juízos sintéticos a priori* são considerados verdadeiros, porque são tomados como válidos mesmo sem que se possa conferi-los a partir da experiência. São, como antes dissemos, *autoevidentes*³⁸⁴; são *os primeiros princípios aceitos como verdadeiros*, tais como ocorre com a Geometria e com a Física, para exemplificar, cuja verdade não pode ser conferida a partir de uma experiência sensível. Esses “*juízos sintéticos a priori*” consubstanciam aquelas *verdades cuja veracidade não se discute e que são insuscetíveis de ponderação*.

Immanuel Kant ainda questiona quais são as condições necessárias do fato em si, e conclui que elas são “*um sujeito geral que possa formular juízos, um número mínimo de predicados, ou seja, de categorias lógicas, e as formas mínimas de interligar sujeito e*

fenômeno. Ela não tem uma função na área do conhecimento; ela não constitui objetos, ainda que esses possam ser conhecidos; sua função é reguladora das ações humanas.

³⁸⁴ O que Immanuel Kant definiu como *autoevidência* pode muito bem ser identificado no diálogo que Abraham Lincoln, no filme *Lincoln*, de Steven Spielberg, trava com os dois engenheiros operadores do telégrafo, ocasião em que o então Presidente Norteamericano (1865) decide não receber, de pronto, os representantes do sul, para uma proposição de paz e fim da guerra da secessão, para, assim, viabilizar que a 13ª Emenda Constitucional (que aboliu a escravidão nos Estados Unidos da América) fosse votada, quando questiona:

A.Lincoln: - Você acha que escolhemos nascer?

E1: - Eu acho que não...

A.Lincoln: - Nós nascemos na época certa para nós?

E1: - Bom, eu não sei quanto à mim; o Senhor talvez, certo Senhor?

A.Lincoln: - O que você acha?

E2: - Bom, eu sou engenheiro. Nós podemos construir máquinas, mas não podemos fabricar ninguém!

A.Lincoln: - Você é engenheiro. Deve conhecer “Euclides”, seus axiomas, noções de senso comum...

E2: - Senhor, eu posso ter faculdade, mas...

A.Lincoln: - Eu nunca fui de escola, mas li Euclides, um livro antigo que peguei...pouca coisa fica assimilada aqui (o interlocutor aponta para a cabeça), mas, quando fica aprendida, fica aprendida! A primeira noção comum de Euclides é a seguinte: “As coisas que são iguais às mesmas coisas iguais umas às outras”. É uma regra de raciocínio matemático. É verdade porque funciona. Funcionou e sempre vai funcionar.

A.Lincoln: - Em seu livro, Euclides disse: “isso é autoevidente...”

A.Lincoln: - É uma verdade autoevidente que as coisas que são iguais às mesmas coisas são iguais umas às outras!

A.Lincoln: - Começamos como uma igualdade. Isso é equilíbrio; isso é justo!

predicados em juízos”³⁸⁵. Isso tudo Immanuel Kant chama de *transcendental*: o sujeito transcendental e as categorias transcendentais são, em suma, as condições sem os quais não poderia existir nenhum juízo sintético verdadeiro “*a priori*”.

A existência desses juízos é inegável em Kant e deles o Filósofo extrai a existência de um “*eu transcendental*”, composto de um sujeito vazio (não de carne e osso) e, também, por categorias vazias, mas que são absolutamente indispensáveis; constituem condições *sine qua non* de possibilidade. Esse é o mundo transcendental kantiano, onde residem as condições de possibilidade de um pressuposto que de fato está sendo feito.

Veja-se que, em Protágoras, não existiam verdades eternas nem autoevidentes; a verdade em si era absolutamente relativizada, na medida em que cada juízo de valor não passava de uma opinião. Em Platão, as verdades eternas, imutáveis e atemporais existiam sim, mas somente poderiam ser encontradas no *Mundo das Ideias*, ao qual só poderíamos ascender por aproximação, pois não eram reais, antes, meras aparências existentes no mundo fenomênico, onde poderiam, no máximo, ser imitadas. Em Aristóteles, ante sua concepção de homem inserido no contexto da natureza, as verdades eternas (valores supremos) estavam dentro do próprio homem (ideia de *leis comuns*, eternas e invariáveis em todos os tempos e a todos os lugares, cuja validade independia da existência de qualquer lei convencional escrita), sendo imediatamente decorrentes da experiência do intelecto agente sobre a ideia (quando esta retornava à sua pureza); na Idade Média, os pensadores encontravam essas verdades eternas e essenciais em Deus, seja por meio da participação humana nessa divindade (Estoicismo), seja pela personificação humana de Deus (e forma humana em Cristo) em todos os homens, em razão de uma descendência comum (Cristianismo).

Em Immanuel Kant isso muda, porque o conceito de experiência está ligado às formas de conhecimentos experimentais e não às formas de conhecimento puro. Ou seja, o Filósofo de Königsberg também irá perfilar a ideia de valores e de verdades invariáveis, mas, em Kant, elas não existem nas estrelas, nem têm origem em um deidade estoica ou judaico-cristã; antes, elas encontram o seu fundamento nesse “*eu universal e necessário*”: se existe conhecimento “*a priori*”, que não dependa de demonstração experimental, por corolário lógico, existe, também, a “*conditio sine qua*

³⁸⁵ Carlos Roberto Cirne Lima, in *Dialética para Principiante*, p.186.

non” de um tal conhecimento; esta condição consiste naquelas estruturas mínimas de sujeito, predicado e ligação entre sujeitos e predicados.³⁸⁶

Assim, Immanuel Kant visualiza outra espécie de razão: a *Razão Prática*, que não quer saber *como é* a conduta humana (nem se ocupa sobre a verdade ou a falsidade da coisa), mas sim, como ela *deve-ser* (ou seja, se é certa ou errada); a *Razão Prática* irá formular *imperativos* ou *mandamentos* de conduta ao homem: “*Não matarás*”, por exemplo. É do âmbito desses imperativos que se podem derivar todos os deveres.

No pensamento kantiano, há duas espécies de imperativos ou mandamentos, os *hipotéticos* e os *categóricos*, àqueles representam a necessidade prática de uma ação possível, considerada, segundo Fabio Konder Comparato³⁸⁷, como meio de se conseguir algo desejado; estes (os categóricos) são concebidos como sendo uma ação necessária por si mesma, sem qualquer relação com uma finalidade exterior a ela mesma,

Quando trata da *Razão Prática*, a estrutura do pensamento kantiano é mais ou menos a mesma da *Razão Teórica*, pois “*a regra prática é sempre um produto da razão, porque prescreve a ação como meio para o efeito, considerado como intenção*”.³⁸⁸

Entretanto, para um ser no qual a razão não é o único princípio da determinação da vontade - já que o ser humano não age somente impelido pela razão, mas por outros motivos, como pela emoção, apenas para ilustrar - essa regra é um *imperativo*, ou seja, é uma regra designada como um *dever* que *exprime uma obrigação objetiva da ação*.

Se a razão determinasse completamente a vontade humana, no entender de Immanuel Kant, a ação ocorreria invariavelmente conforme a regra. Mas, como em verdade, a vontade é determinada por vários outros fatores, essa regra é um mandamento incondicional.

Por isso, a Moral - que separa da Ética por acreditar que a Moral é algo interior (está na ação, e não no resultado, porque este é o ambiente da Ética que opera no plano social), sem qualquer recurso à ordem externa, se firmará no plano da *Razão Prática*, por meio de imperativos *categóricos* que ordenam deveres autoimpostos, o que, em sua

³⁸⁶ É precisamente isso que Immanuel Kant tem em mente quando diz: “*Por mais alto que alcemos a aplicação de nossos conceitos e, com isso, por mais que operamos uma abstração da sensibilidade, a eles, porém, estão sempre ligadas representações da imaginação, cuja função própria consiste em fazê-las - elas que não derivam da experiência - capazes de servir ao uso na experiência. Por isso, como poderíamos dar sentido e significado também aos nossos conceitos se não contivessem, de modo subjacente, alguma intuição?*” (in *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros Escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002, p.99).

³⁸⁷ In *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2007, p.21.

³⁸⁸ In *Crítica da Razão Prática*. Tradução de Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2003, p.28.

ótica, nos tornam capazes de, autonomamente, apurar como devemos agir, ou seja, o que *é justo*; independente de qualquer apelo teológico, uma ordem interior que diz que devemos agir apenas segundo uma máxima que se possa pretender como uma lei universal, portanto, tratando-se de uma moral exclusivamente centrada na noção de deveres contemplativa de um valor formal de congruência ou de universalização, uma das razões que, adiante, lhe objetou Hegel, reputando-a de uma filosofia vazia.

Sem embargo, o Filósofo de Königsberg crê que todos os povos, em todos os tempos, em todas as culturas, possuem algum tipo de *Dever-Ser* (imperativos de conduta “*a priori*”). Ele não tem em mente, observe-se, um povo determinado; apenas pressupõe o que é absolutamente geral: algum tipo de *Dever-Ser* (normativo), o que o Filósofo chama de *Fato da Razão*. Eis o pressuposto inicial em face do qual Immanuel Kant irá perguntar qual será a condição necessária de tal fato.

Sua resposta será: para que todos os povos, em todos os lugares, tenham um tal *Dever-Ser*, é preciso que exista uma estrutura “*a priori*”, um “*Eu transcendental prático*” que se guie por um grande princípio geral.

Há, assim, *um princípio transcendental da Razão Prática que constitui a condição necessária “a priori”, sendo, também, o denominador comum das múltiplas éticas locais*. A este princípio prático Immanuel Kant irá chamar de *imperativo categórico*, a luz da inteligência natural que manda ao indivíduo que ele aja sempre de tal maneira que a norma da sua ação possa ser elevada ao estatuto de uma *lei universal*.

Se, de um lado, esse imperativo é vazio de conteúdo porque nada diz sobre o que seja essa *lei universal*, ele é dotado, na percepção kantiana, de uma validade universal, pois é válido para todos, em todos os tempos e em todos os lugares, uma verdadeira norma moral *jus cogens*.

Com efeito, a ideia kantiana em torno do imperativo categórico significa que o indivíduo deve agir segundo uma máxima que possa, ao mesmo tempo, ter o valor de lei geral, preconizando que as ações morais do indivíduo têm, nessa via, um valor objetivo, na medida em que elas estejam de acordo com uma *lei universal*.

A moral, em sua perspectiva, vista fora de toda objetividade e *relegada ao domínio subjetivo* (à dimensão noumênica da pessoa), é atrelada à esfera da *pessoa isolada*, isto é, uma exigência própria, uma *coação exercida na esfera íntima do indivíduo* (é de natureza prescritiva) e, portanto, distinta de seu conceito de *justiça*.

A *justiça*, enquanto princípio (e não máxima, segundo a função reguladora da *Razão Pura*), *supõe uma comunidade de pessoas socialmente ligadas*, sendo, portanto,

apartada da *Moral* que é considerada como um elemento absolutamente independente da *justiça*. O individualismo jurídico de Immanuel Kant distingue rigorosamente a *Moral* (interna, como causa) e o *Direito*, para pensar a relação coação-liberdade.³⁸⁹

E Kant concebe a *justiça* sob um aspecto comutativo de igualdade aritmética (como na ideia aristotélica de *Justiça Particular*), e a vê como *coação puramente exterior* (de caráter normativo) às vontades divergentes, *exercida por uma vontade superior* (o Estado, cujo coração está no Parlamento, a quem é confiada a tarefa de realizar, ditar esse *dever-ser*, por meio de uma *lei universal e coercitiva*). O conceito kantiano de *justiça* (e o de *Direito*³⁹⁰) diz respeito somente à relação exterior de uma pessoa com outra.

Immanuel Kant exclui, com efeito, do *Direito* e da *Justiça*, toda a tentativa de procurar uma explicação em torno do motivo e da finalidade da ação, e é justamente nesse aspecto que seu pensamento vai ao encontro do ideário liberal e do Estado de *Direito* formal rousseauiano, no que respeita ao seu projeto de limitação do poder estatal, aliando-se com perfeição à formulação contratualista, especialmente a de Jean Jacques Rousseau, que opera uma absoluta dicotomia entre *Moral* e *Direito*.

Desimporta, em face da conformação do Estado de *Direito* formal, interrogar se uma pessoa, por exemplo, ao realizar um negócio jurídico com outra, tem ou não vantagens dele decorrente. O que interessa verificar é a forma da relação dos dois sujeitos árbitros respectivos, pois eles são livres e iguais³⁹¹ e, segundo Immanuel Kant, esta relação de sujeitos livres é garantida pela existência de uma lei universal: *justiça*, então, se define como toda a ação que permite a liberdade de arbítrio de cada um, segundo uma lei universal, desimportando se alguma delas esteja, porventura, em situação de vulnerabilidade no que tange a sua manifestação de vontade.

A *Justiça*, em outros termos, pode ser lida como uma linha demarcatória exterior à própria pessoa e sua dignidade intrínseca preconizada por Immanuel Kant, e esse marco diz unicamente respeito ao livre arbítrio de um indivíduo coexistir com o livre arbítrio do outro, segundo uma lei em que não há apreciação de conteúdo, nem juízos de

³⁸⁹ De acordo com José Fernando da Costa Farias, in *A Origem do Direito de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.57.

³⁹⁰ Isso porque, em Kant, o conjunto das leis para os quais uma legislação é possível denomina-se *Direito* (in *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002, p.103).

³⁹¹ Conforme lição de José Fernando da Costa Farias (in *A Origem do Direito de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.56).

valores, tampouco considerações de fins ou objetivos; só há uma apreciação meramente formal.

Influenciado por Jean-Jacques Rousseau, especialmente no aspecto da *lei como expressão da vontade geral*, na crença sacral da supremacia do Parlamento, considerando que a lei dele imanada intenta proporcionar a felicidade ou o bem-estar dos cidadãos, como sempre deve atuar o Poder Legislativo³⁹², Immanuel Kant, partindo, portanto, do pressuposto de que *a lei goza de uma verdadeira autoridade natural para constranger o seu acatamento, porquanto resultante da vontade coletiva*, concordante e unida de todos, mediante a qual cada um decide sobre todos e todos decidem sobre cada um; tendo, ainda, em conta que, pelo acordo originário (o contrato social), o indivíduo se destituiu de ser o seu próprio legislador, *conclui que obedecer às leis significa, em última instância, obedecer àquilo para o que o indivíduo deu o seu próprio consentimento*.

Logo, mesmo que injusta³⁹³, Immanuel Kant não admite desobediência à lei que conjuga como expressão da soberania do povo e da *razão*, pois ninguém é *injusto consigo mesmo ao decidir*.³⁹⁴

Por isso, Immanuel Kant não admite qualquer resistência ou direito de desobediência às leis emanadas do poder político, em reforço à ideia de centralidade

³⁹² Vale, no entanto, lembrar que, na concepção kantiana, como anota Fábio Konder Comparato (in *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2007, p.23), “*se o fim natural de todos os homens é a realização de sua própria felicidade, não basta agir de modo a não prejudicar ninguém. Isso seria uma máxima negativa. Tratar a humanidade como um fim em si implica o dever de favorecer, tanto quanto possível, o fim de outro. Pois, sendo o sujeito um fim em si mesmo, é preciso que os fins de outrem sejam por mim considerados também como meus*”. Por isso acreditava na bondade e na generosidade do Parlamento, até porque a própria lei era por ele compreendida como produto da razão.

³⁹³ José Fernando da Costa Farias (in *A Origem do Direito de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, pp.57-58), em nota de pé de página (37), chama atenção para o fato de que individualismo jurídico de Kant “*vê na assimilação completa da moral pela justiça uma espécie de risco ‘absolutista’, com o argumento de que essa identificação conduz sempre a moral - isto é, na concepção individualista, o domínio da autonomia individual - a um nível inferior. Segundo a retórica do individualista ou do liberalismo jurídico, a justiça, devendo preencher as funções que a ultrapassam, colocaria em cena a coação incondicional do Estado para imputar à justiça a tirania das exigências da moral, que ela não possuiria por ela mesma. Assim, os herdeiros de Kant consideraram haver em Platão e Hegel os germes dessa tendência onde o Estado, sendo sobreposto à justiça, fazendo desta um instrumento de seu poder fictício, poderia levar a uma situação de identificação da justiça com a força. É essa a perspectiva que poderemos encontrar em Karl Popper, quando escreve: ‘para nós, a justiça supõe uma certa igualdade no tratamento dos indivíduos, enquanto que Platão não a considerava como se aplicado às relações entre eles, mas como propriedade do Estado inteiro, tendo por fundamento uma certa relação entre as classes. Para ele, o Estado é justo se ele é forte e unido; numa palavra: estável’*”, em sua *Sociedade Aberta e seus Inimigos*, op.cit., p.83).

³⁹⁴ Sequer em casos de extrema urgência, Kant admite que alguém se habilite à infringência da lei. Por outro lado, e paradoxalmente, admite o recurso à força quando estiver em perigo a dissolução do Estado, o que Paulo Otero sinaliza como a “*única abertura do modelo kantiano à onipotência da lei e a concepção inderrogável da legalidade administrativa*” (in *Legalidade Administrativa*, p.72).

absoluta da lei - tenha ela o conteúdo que tiver - e da supremacia radical no Poder Legislativo. Reconhecer um direito de resistência equivaleria à destruição da própria Constituição Republicana, a única que entende adequada ao Direito dos Homens, por envolver um princípio político de separação das funções de legislar e de executar as leis.³⁹⁵

A Teoria do Direito Moderno, então, na visão kantiana, estrutura-se sob três princípios basilares: a liberdade, a igualdade e a independência, aqueles que irão fundamentar a situação jurídica dos cidadãos frente ao Estado e que são, bem por isso, a base de um modelo de Constituição Republicana, único em que se mostra possível alcançar a paz perpétua.³⁹⁶

Immanuel Kant, em outro giro, rechaça qualquer possibilidade de funcionalização do homem. O ser humano não é uma coisa³⁹⁷. Por considerar o homem o fundamento de todas as coisas, o ser humano não pode se tratado ou considerado como um simples meio (já que, como pessoa, ele é um fim em si mesmo).

Aqui, importa reter, embora não sem críticas, a grande contribuição de Immanuel Kant para o tema da condição de pessoa humana e sua dignidade intrínseca, autoevidente: em Kant, o homem se assume como sujeito da História e do Direito, como *fundamento e finalidade* de tudo o que existe.

Immanuel Kant, sem dúvida, lança um princípio de humanidade³⁹⁸ quando pensa na perspectiva ética de definição de pessoa, situando o homem, ainda que numa acepção abstrata, como fundamento, como razão de existir de todas as coisas, é dizer, do Estado, da Sociedade e do próprio Direito, embora essa humanidade não tenha sido, no ideário kantiano, completa, pois o Filósofo não tinha em mente a pessoa concreta, o homem de carne e osso, o ser ontológico, tendo se limitado a proclamar a impossibilidade de sua objetificação ou de sua coisificação, apenas porque o tinha por um sujeito moral.

Também é inegável que ele teve, além disso, o mérito de situar a própria humanidade como uma dignidade, sendo razoável pensar, desde essa premissa, que tal dignidade vincula a todos, seja nas relações do Estado com o indivíduo, seja nas

³⁹⁵ Na Constituição Republicana, Kant proclama três poderes, coordenados entre si, em moldes silogísticos. Situa o legislador na premissa maior; o executivo na premissa menor; e, por último, como síntese, com a função de extrair a conclusão do caso, o poder judicial (in *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002, p.194).

³⁹⁶ In *A Paz Perpétua: um Projeto Filosófico*, pp.127-128.

³⁹⁷ In *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002, p.66.

³⁹⁸ OTERO, Paulo, in *Instituições Políticas e Constitucionais*, p.207.

relações dos indivíduos entre si, notadamente, ao seu tempo, sob um viés negativo, que demandava apenas respeito e abstenção.

Lição ainda a guardar aqui é a de que, na construção kantiana, a condição humana e sua dignidade imanente constituem em si juízos sintéticos “*a priori*”, concebendo-as como uma *consciência universal*, como valores *autoevidentes*, e que sua filosofia propõe a desconsideração do imponderável.

Por outro lado, por separar Moral e Direito e por identificar *Justiça* com a *Lei* do Estado como algo externo ao homem e, também, externo à sua dignidade, Immanuel Kant - que defendeu que o injusto é *imponderável* - acabou sendo estranho e incoerente ao preconizar a obediência da Lei do Estado, conforme ditada pelo Parlamento, dicotomizada de qualquer valor axiológico (pertencente a uma ordem interna e não social), tenha ela o conteúdo que tiver.

A incoerência que identificamos em sua filosofia dualista e dicotômica ainda reside no fato de que a noção de *Justiça* - da qual a solidariedade é forma de expressão - , aliada ao reconhecimento kantiano de que a ideia de *relação* integra a condição de pessoa, demandaria situá-la dentro do próprio conteúdo de dignidade, mormente se considerado que a humanidade, enquanto espécie, reside em cada homem, na sua teoria, como um universo em si mesmo.

E, considerando que o livre arbítrio coloca cada homem, destacado pela sua natureza racional, na contingência de responsabilidade por suas escolhas, é necessário pensar, como destacou Norberto Bobbio, a necessidade de “*um renovado senso de responsabilidade, no duplo significado da palavra, para o qual ser responsável quer dizer, por um lado, levar em conta as consequências da própria ação e, por outro, responder pelas nossas ações diante do nosso próximo*”.³⁹⁹

Para além da crítica acima, em razão de Immanuel Kant ter compreendido a *Justiça* como algo externo ao homem, embora a identifique com a *Lei do Estado* que ele, em conjunto aos demais, deu a si próprio, compreendendo-a como justa e, portanto, insuscetível de desobediência e de resistência; e sem prejuízo de reconhecer uma esfera de liberdade inviolável de cada ser humano, impassível de negociação nos aspectos social, jurídico e político, bem como no tema da solidariedade, ao nosso modo de ver, o modelo kantiano é insuficiente e incompleto, fazendo, em dada medida, uma leitura débil e até contraditória da própria fundamentação da condição de pessoa humana e de sua dignidade imanente que ele desenvolveu.

³⁹⁹ *A Era dos Direitos*. 18ª tir. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p.131.

Primeiro porque Immanuel Kant pensa numa humanidade abstrata, compreendendo a dignidade sob uma concepção meramente individualista, desconsiderando o aspecto ontológico e relacional como um acidente ou uma conveniência e não como uma dimensão constitutiva da pessoa como dela também imanente, como se o homem, enquanto tal, fosse apenas uma unidade ética, que não dependesse de ninguém mais para desenvolver suas potencialidades.

Além disso, sua teoria, aos moldes da desenvolvida por Rousseau, se apresenta extremamente formalista, sem revelar qualquer preocupação com a substância espiritual e com a realidade humana efetiva. Em sua filosofia dicotômica, que separa a dimensão fenomênica da dimensão noumênica do homem da realidade concreta, só a igualdade formal tem lugar em seus desenvolvimentos.

Evidente que, no âmbito normativo, esse formalismo coaduna-se com proposta de preconizar a obediência da lei como expressão da *justiça*, independente de seu conteúdo, apenas pelo fato de ter emanado, procedimentalmente, de um poder estatal legítimo, que encarna da própria soberania popular e constitui a expressão mesma da vontade geral do povo. Não se pode compreender, nesse contexto, que Immanuel Kant desenvolveu uma teoria de absoluta tutela à pessoa humana e de sua dignidade, quando extirpou dessa mesma dignidade o elemento essencial da *Justiça*, ao preconizar a obediência da lei ainda que injusta. Ademais, a dignidade da pessoa humana desprovida de um elemento essencial, a *Justiça*, não configura uma dignidade inteira, não havendo, portanto, bases concretas para um discurso solidarista.

Com todos os méritos de ter agregado à condição de pessoa humana um elemento ético - como detentora de um valor em si mesma -, não se enxerga a pessoa humana e sua dignidade imanente como a centralidade do modelo político kantiano.

Não há negar que, no modelo teórico construído por Immanuel Kant, a dignidade do indivíduo serviu ao ideário burguês, pois dizia apenas respeito à autonomia da vontade, à propriedade e à segurança. Ao Estado, essa nova entidade centralizadora do poder político, criada por meio do contrato social, cumpria limitar-se a garantir esses direitos humanos inatos (direitos subjetivos públicos) por intermédio da lei, produto da razão, expressão da vontade geral emanada do Parlamento, centralizador da vontade majoritária pelo princípio democrático, sem que lhe coubesse a função de promovê-los (exceção feita à segurança que, naturalmente, exigia uma prestação estatal); daí a razão de serem conhecidos como *liberdades negativas*, *liberdades públicas*, *direitos subjetivos públicos*, expressões todas que traduzem garantias de não-intervenção do

poder estatal na esfera dos direitos individuais, os chamados direitos fundamentais de primeira dimensão (ou geração).

Promovendo-se a separação definitiva entre o Estado e a Sociedade Civil, o Estado Liberal, alicerçado nas ideias acima, logrou criar, por dois sistemas diferentes e dicotômicos, dois universos distintos de proteção da liberdade humana: a Constituição⁴⁰⁰ - compreendida como um *locus* de organização do Estado e de distribuição do poder político, com a qual se garantia a não intervenção do Estado na esfera individual; e o Código Civil (que prestigiava essencialmente o voluntarismo, a propriedade e o contrato), para assegurar a autonomia privada (separação entre Política e Economia), que primava por uma ideia de completude, de onisciência, de segurança jurídica, de previsibilidade e de neutralidade, base de sustentação do Positivismo Jurídico do qual Hans Kelsen foi a maior expressão.

Entretanto, embora a Revolução Francesa tenha lançado a expectativa de liberdade, igualdade e fraternidade, suas promessas, no plano da realidade, não se realizaram. A burguesia, rapidamente, de classe dominada passou à classe dominante⁴⁰¹, como observa Paulo Bonavides.⁴⁰²

Num primeiro momento, ela acordou o povo, despertando-o para a consciência em torno de suas liberdades políticas, um fato novíssimo, jamais visto ou experimentado. Numa segunda etapa, parafraseando uma vez mais Paulo Bonavides⁴⁰³, “*como se a razão quisesse, uma vez mais, zombar da crítica subjacente no amargo ceticismo de Pascal ao prantear as verdades falazes*”⁴⁰⁴, ela mostrou a que veio e revelou uma face cruel da liberdade sem responsabilidade - a fortaleza do liberalismo, do Estado Liberal, das teorias contratualistas e da filosofia kantiana - entrou em crise. Disso trataremos no capítulo seguinte.

⁴⁰⁰ Sendo que o constitucionalismo liberal foi erigido sob os valores da liberdade, nomeadamente, a autonomia da vontade ou autodeterminação, da segurança e da propriedade.

⁴⁰¹ Logo após a Revolução Francesa, teve início a partidarização do Terceiro Estado: de um lado, ficaram os *Girondinos*, representando a alta burguesia, postulando uma menor participação dos trabalhadores urbanos e rurais no poder político; e de outro, os *Jacobinos*, representando a baixa burguesia, liderados por Robespierre e por Saint Just, que, ao revés, almejavam uma ampliação de sua participação no mesmo poder.

⁴⁰² In *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.42.

⁴⁰³ In *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp.42-43.

⁴⁰⁴ Paulo Bonavides tem em mente, por certo, a expressão cunhada pelo filósofo francês Blaise Pascal (1623-1662) de que “*O coração tem razões que a própria razão desconhece*”.

CAPÍTULO 7 - A insuficiência da liberdade jurídico-formal, a questão social, o Estado Social e o discurso solidarista

Com a consolidação do poder econômico da burguesia; o surgimento da questão social, especialmente impulsionada a partir Revolução Industrial e sua consequência de uma paulatina e exacerbada concentração de riqueza de um lado, e de miserabilidade do outro, o discurso solidarista começa a ganhar espaço no cenário jurídico-político, perdendo, aos poucos, a característica de mera *caridade*, amealhando condições para se assumir, no futuro, segundo uma perspectiva jurídico-política, sob a forma de *dever*, porque resolver o problema social já não era mais um pleito só do bom cristão. A esmola era impotente para sobrepujar a crise e a abissal desigualdade material gerada entre as pessoas pelo capitalismo industrial.

O processo econômico que demandou a limitação da política (em face da sociedade civil), com a sua separação da economia⁴⁰⁵, à base de uma proposta de não intervenção do Estado na esfera privada, ao mesmo tempo importou na limitação econômica das corporações de ofício, trazendo, como consequência, a superação do trabalho pelo capital.

Em seu curso, surgiram a classe dos patrões e o trabalho em troca do salário. Esse processo foi também o que impeliu a crise desse modelo construído sob a ideologia do *laissez faire, laissez passer* como expressão máxima da liberdade.

Isso porque, no projeto do liberalismo capitalista, a classe trabalhadora havia sido submetida a um regime de exploração sem precedentes, restando inteiramente à mercê do poder econômico da nova classe dominante, a burguesia.

Como, na concepção liberal, o Estado situava-se numa posição inerte, absenteísta, de mero espectador das relações firmadas entre os particulares, não dispunha ele mesmo de meios que lhe possibilitasse impor quaisquer limites à autonomia dos indivíduos.

A construção político-filosófica liberal de que os homens eram livres e iguais a ponto de poderem, isoladamente, protegerem-se contra qualquer tipo de infortúnio, inclusive os decorrentes das relações de trabalho; o individualismo egoísta, que levou a sociedade capitalista a conceber o homem não como um ser integrado na sociedade, mas

⁴⁰⁵ Esse projeto burguês que reduzia as funções do Estado à garantia de segurança e da propriedade, posto que a vida privada, notadamente, a vida econômica, deveria seguir a dinâmica do mercado, encontrou inspiração, entre outros, em Adam Smith e na sua crença de que a livre iniciativa dos indivíduos e o funcionamento espontâneo do Estado trariam vantagens para todos. Ao soberano incumbiria a função de proteger a sociedade da violência externa; administrar com rigor a justiça e criar instituições públicas que atuassem em flancos que jamais atraíam a iniciativa privada, cabendo-lhe, portanto, tão somente prestar serviços naquelas atividades que não gerassem lucro.

como uma *célula mater* (daí o porquê de a ideia de ‘sujeito de direitos’ ter sido gradativamente associada ao indivíduo, ao cidadão, à pessoa física, e, apenas, progressiva e excepcionalmente, teve seu alcance alargado para as associações, os sindicatos, as cooperativas e, hodiernamente, a categorias - o consumidor, a criança, a mulher, o idoso, o portador de necessidades especiais - e outras entidades coletivas e de legitimação extraordinária para defesa de direitos de outrem), entrou em colapso pelo estado de penúria a que conduziu a humanidade.

Esse quadro não é nada difícil de ser imaginado quanto às suas causas. Os menos favorecidos não dispunham de meios fáticos e de instrumentos jurídicos capazes de promover a melhoria das suas condições de vida. Direitos fundamentais se circunscreviam, ademais, a prestações negativas ditas *liberdades públicas*: deveres de não intervenção do poder político na esfera privada do cidadão.

Nesse cotejo, os trabalhadores, se quisessem, tinham que se acautelar, por meio de seguros privados ou valerem-se das associações de classe, que, não obstante, não tinham nenhuma ingerência estatal: problemas oriundos das relações entre *patrões* e *empregados* deveriam ser solucionados na esfera privada em que tais relações haviam sido estabelecidas e nos moldes em que tinham sido contratadas, já que os pactos deveriam ser absolutamente cumpridos (*pacta sunt servanda*), pois tidos como algo sagrado.

Querer uma proteção os trabalhadores até queriam, mas, como tornar essa vontade uma realidade em face do empobrecimento e dos baixos salários que recebiam? A dependência de que antes falamos, à evidência, desafiava, como desafia em todos os tempos e lugares, a qualquer autodeterminação e, por conseguinte, o fetiche da *razão* como expressão da vontade, do querer, porque essa vontade de proteção já não encontrava a correlata possibilidade prática de realização e tampouco viabilidade de apoio na tradicional solidariedade familiar.

Sim, pois, com o desenvolvimento da indústria e a propalada liberdade econômica do *laissez faire, laissez passer*, o liberalismo significou a vinda da massa camponesa para as cidades a fim de se engajar no trabalho industrial.

Mas o uso gradual da tecnologia a serviço do lucro permitiu produzir sempre mais com menos mão de obra que, à altura, era utilizada sem os freios e contrapesos, ou seja, sem o apoio sindical e legislativo que nos dias de hoje existem.

As famílias, que antes de virem para os grandes centros urbanos de industrialização, sobreviviam no contexto da agricultura e de economia familiar, nem

isso mais tinham. Sobrava gente, faltava trabalho, e aumentavam os lucros dos patrões, assim como aumentava a miséria dos trabalhadores. Nada difícil é ver que a liberdade e a igualdade (os homens livres e iguais), o suporte do Estado Liberal, restaram reduzidas a uma liberdade e uma igualdade jurídico-formal, sem expressão na realidade sensível, ou seja, impotentes para a tutela do homem em sua dimensão concreta de vida.

Sim, pois, nas relações de emprego (em sentido amplo), além da desproteção do trabalhador (e de sua família) para hipóteses de quaisquer infortúnios, a mão de obra - como tudo em termos de economia de mercado - também estava sujeita ou se cifrava à velha lei da oferta e da procura. A oferta de mão de obra, no caso, era tanta, que a remuneração do trabalho ficava circunscrita ao que os *patrões* queriam efetivamente pagar (não havia ingerência estatal em tais relações privadas), e aceitá-la, nos moldes oferecidos pelos empregadores, já não era uma questão de escolha, mas simplesmente de sobrevivência. Liberdade e igualdade se transformaram, em realidade, em expressões vazias de efetividade.

Os trabalhadores buscavam, sem êxito, aprimorar as associações mutualistas, porém, as condições deploráveis do mercado de trabalho não permitiam o desenvolvimento das referidas instituições sustentadas apenas a custas das contribuições dos trabalhadores: só aqueles detentores, porventura, dos mais altos salários conseguiam arcar com os pagamentos periódicos das contribuições. Os demais - ou seja, a imensa maioria, que só fazia aumentar a fila dos indigentes -, ficavam entregues à sua própria sorte.

Nesse contexto, estando a força de trabalho sujeita à lei da oferta e da procura, era natural que mulheres, crianças, idosos, deficientes, enfermos, enfim, seres e formas de vulnerabilidade se submetessem a grandes jornadas laborais sem qualquer proteção, para o agravamento de sua penúria e da miséria humana.

Os postulados do livre comércio do liberalismo, nesse panorama, cediam tímido espaço a um período intervencionista. Seu individualismo e a preconizada primazia do interesse particular sobre o interesse público haviam feito da sociedade de pessoas algo fragmentado do todo social, reduzida que foi a um *mero aglomerado de indivíduos singulares* (sem uma identidade e sem qualquer compromisso individual com o meio social), abstratamente considerados, e a imensa maioria pobre e despojada de condições mínimas de subsistência digna.

Os ricos - leia-se, a minoria -, como produto da ideologia capitalista (economia de mercado livre), segundo uma leitura de liberdade formal, ficaram cada vez mais ricos,

ao passo que os pobres se tornaram cada vez mais pobres, “evoluindo”, na perspicaz conotação que deu ao termo Mário Sérgio Cortella⁴⁰⁶ para a condição de *miseráveis*, acendendo-se ali um sinal vermelho para a necessidade de mudanças, pois se tornara insustentável defender a ausência de responsabilidade de cada um pelo destino do bando de indigentes que o capitalismo desenfreado produziu tampouco afastar o poder político de responsabilidade sobre o bem-estar das pessoas.

E, vale destacar, mesmo quando a igualdade (um dos ícones da Revolução Francesa) se agregou aos postulados liberais renovando o que em capítulo anterior destacamos, essa nova conformação do modelo estatal (*democrático*) não alterou essencialmente o quadro acima desenhado, porque a igualdade que o ideal libertário promoveu foi também uma isonomia meramente formal; uma isonomia visualizada como ponto de partida (igualdade perante a lei), nunca sob o ponto de chegada, segundo uma perspectiva de uma garantia de tratamento igualitário material, mas de uma igualdade eminentemente jurídica. Isso significava *quase nada* para um esquadrão que vivia abaixo da linha da pobreza, emergente das desigualdades sociais que a ideologia de livre comércio rapidamente originou.

A verdade é que a sociedade não se autorregulou *pela mão invisível do mercado*. O voluntarismo capitalista apenas serviu à concentração de riquezas e à produção da miséria em patamares insustentáveis, e a igualdade jurídica (só perante a lei) significava, *mutatis mutandis*, algo como ter garantido um direito insuscetível de exercício efetivo, pois de pouca valia era a garantia formal de isonomia sem condições reais e práticas de liberdade e de autodeterminação (sem garantia dos meios de exercício dessa mesma liberdade assegurada pela lei).

Nesse sentido, Hobbes, se ainda vivesse à época, teria que se deter e dizer que lobo do homem foi o *homem burguês* e que seu êxito foi o de fazer do Estado um *Leviatã* dominado, acomodado; ainda, a exemplo de sua própria proposta, um *Leviatã* sem nenhuma responsabilidade em face do destino real de cada ser humano.

Como decorrência da insustentabilidade daquele estado de coisas, a assistência social pública aos carentes e indigentes foi se tornando uma exigência e com ela germina o discurso moderno de *solidariedade*, mas, ainda, sob um matiz filantrópico e assistencialista, o que existiu antes mesmo das Revoluções Americana (1776) e Francesa (1779).

⁴⁰⁶ In *Não Nascemos Prontos* (14ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2012, pp.11-14), onde o autor faz ver que evoluir não significa necessariamente melhorar, porquanto também *evoluímos* para a morte.

Com efeito, o assistencialismo já vinha ganhando *status jurídico*, em especial, com a edição de leis revestidas desse caráter por toda a Europa Ocidental no decorrer do Século XVII. Em Londres, por exemplo, em 1662, como precursora do assistencialismo público, já havia surgido a “*Lei dos Pobres Londrina*”.

A *Poor Relief Act* - que não assegurava, é bem verdade, a cobertura aos riscos inerentes às atividades profissionais ou econômicas - instituiu uma contribuição obrigatória, determinando a nomeação, em cada paróquia, de dois ou *mais* “*overseers of the poor*”, encarregados de recolher fundos de todos os que estivessem em condições de contribuir, destinados não só a viabilizar a obtenção de emprego para as crianças pobres, por meio da aprendizagem, que poderia ser obrigatória até os 24 anos para os varões e até 21 anos para as mulheres, mas, também, ao ensino profissional, visando ao trabalho para os carentes que não tinham nenhuma especialização, e o atendimento aos inválidos, conforme destaca Augusto Venturi.⁴⁰⁷

A importância dessa novel legislação reside no fato de ela atribuir ao Estado, em antagonismo aos postulados liberais, o *dever* de instituir e de gerir a condução e a efetivação de serviços e programas de assistência social, restando, assim, o que Mozart Victor Russomano irá chamar de “*oficialização da caridade*”.⁴⁰⁸

A Espanha, em 1663, viria a adotar legislação semelhante, no mesmo objetivo assistencial, e o *Estado, aos poucos, foi sendo colocado como órgão prestador de assistência* àqueles que - por idade, saúde e deficiência congênita ou adquirida - não tivessem meios de garantir sua própria subsistência.

Essa assistência oficial e pública constitui um marco da institucionalização do sistema de seguros privados e do mutualismo em entidades administrativas, com pretensões de não se destinar apenas aos associados inscritos nas entidades assistenciais, mas a todos os necessitados.

A intervenção se mostrava, à altura, imprescindível, e a percepção em torno de uma autorregulação da sociedade pelo mercado cedeu à realidade: *na realidade realmente real*, as massas haviam se convertido em uma multidão de miseráveis; eram esses os homens e a vida que estavam ali e precisam da intervenção do Estado para sobreviver, sobrevivência que passava a integrar, em alguma medida, o próprio entendimento em torno da dignidade do homem.

⁴⁰⁷ In *Los Fundamentos Científicos de la Seguridad Social*. Colección Seguridad Social, n° 12. Madrid: Ministerio do Trabajo y Seguridad Social, 1994, p.47.

⁴⁰⁸ In *Curso de Previdência Social*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, pp.5-6.

Veja-se que na tradição liberal, não se levou em linha de consideração que os homens precisavam do Estado para sobreviverem; que o Estado tinha o dever de auxiliar o bem-estar humano, tampouco que os homens precisavam uns dos outros para realizarem suas potencialidades como pessoas, para alcançarem a plenitude de seu ser, ou mesmo para realizarem seus fins e para viverem efetivamente melhor.

Já a miséria que nele emergiu e que levou a superação do referido modelo estatal teve ao menos o êxito de fazer perceber que os homens não eram abstrações metafísicas, mas os que existiam e estavam diante dos olhos de todos. Para estes, com efeito, especialmente os menos favorecidos, os mais vulneráveis, pouco adiantava garantir, formal e juridicamente, a liberdade, o direito de ir e vir, sem que eles tivessem condições físicas e materiais mínimas de locomoção dentro de um dado espaço.

Efetivamente, em tais circunstâncias, nenhum resultado prático decorre do reconhecimento jurídico de liberdade, tampouco da fundamentalidade do direito à livre escolha da profissão se não houver possibilidade de qualificação profissional, nem trabalho para absorver a atividade da escolha resultante; do mesmo modo, não faz nenhum sentido garantir a liberdade de imprensa para analfabetos, para os quais, aliás, falar em *liberdade democrática* não passa de uma garantia inútil ou, no mínimo, falaciosa. É como professar uma fé e negar-lhe a prática, para além de ser um filão em termos de potencial de manipulação das massas, criando-se alguma forma de dependência para assegurar a captação de sufrágio.

O ideário liberal desconsiderou que a liberdade formal - inegavelmente importante, é verdade - constitui apenas uma dimensão da liberdade e da dignidade humana que, destarte, não se completa sem que a ela se agregue uma perspectiva material (igualdade econômico-social); a liberdade burguesa ignorou esse “algo mais”, que se traduz como a liberdade concreta, efetiva, prática, real, de meios para a consecução de fins (veja-se que, por ora, sequer colocamos em causa as necessidades psicológicas e morais que também integram uma compreensão consentânea de dignidade humana integral) e a imprescindibilidade da lei como instrumento de sua realização.

E quando nos referimos à *lei*, consideramos aquela incorporada à ideia de um Direito justo - pois, do contrário, não a concebemos como Direito -, em que a justiça nela contida também se expresse como meio de equalização substancial (democracia econômica) e que tenha o Estado como *um de seus provedores e um*

dos garantes da concretização dessa maneira de se realizar a liberdade ou, numa leitura aristotélica-tomista, de se expressar a própria *justiça*.

O Estado Liberal e seus postulados de separação entre o *poder político* e a *sociedade civil*, como à altura já é possível concluir, confinou a ideia de liberdade a um único sentido, qual seja, o de *poder juridicamente escolher*, ignorando outras possíveis acepções do termo, como, por exemplo, o *poder de fato de escolher*. Também desconheceu, como bem observou Hannah Arendt⁴⁰⁹, que a noção de liberdade também se identifica com a ideia de *iniciar*, pois o termo “*agere*”, que provém do latim, tem por significado *movimento*, que expressa justamente *desencadear um processo* e que, nesse sentido, liberdade significa muito além do livre arbítrio e de escolhas entre coisas dadas de antemão, pois é, também, uma liberdade que quer que algo seja realizado de determinada maneira.

Como bem se pode ver, o Estado Liberal e sua Escola do Direito Natural (com esteio nas teorias contratualistas), racionalizou muito bem a questão que servia aos seus objetivos, ou seja, a problemática do *poder*, e nisso teve todos os méritos; mas não é menos irrefutável que ele, para além das deficiências já apontadas, também ignorou, como enfatiza Paulo Bonavides⁴¹⁰, “*as forças obscuras que atuam na infraestrutura do grupalismo humano*”. Subestimou o poder das massas que um dia também viriam apresentar a conta da nominação, como se verificou no curso da história, a principiar pelas Revoluções Liberais; e, depois, com a Revolução de 1848, na França.

Inicialmente, a burguesia arregimentou os grupos sob a ideologia democrática. Era-lhe conveniente agregar ao Estado Liberal tais ideias e suas supostas preocupações com o bem-estar social (igualdade e fraternidade). Essa necessidade de mudança, a parte de decorrer de fatores advindos da própria realidade social, esteve intimamente ligada à democratização política (parcial, já que a ela só tinham acesso os burgueses-proprietários), o que, igualmente, influenciou de modo expressivo o conteúdo dos direitos fundamentais (tutela da liberdade, da segurança e da participação política).

Sim, pois, os direitos de participação na vida política passaram a ser concebidos como manifestações indispensáveis da dignidade do cidadão numa concepção já mais ampliada desse termo. Daí entendida a imprescindibilidade de que todos os

⁴⁰⁹ In *A Dignidade Política*. Tradução de Helena Martins. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993, pp. 117-122.

⁴¹⁰ In *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.43.

indivíduos com determinada idade pudessem votar e ser votados, o reconhecimento da fundamentalidade de integrarem, enfim, a sociedade política e de tomarem parte em suas decisões e rumos pelo voto.

A *democracia* tornou-se “*condição e garantia dos direitos fundamentais*”⁴¹¹ e os direitos políticos entendidos como uma decorrência da condição humana, uma espécie de retomada do significado de liberdade para os antigos. Por isso, essa afirmação democrática de igualdade, em termos de solidariedade, produziu uma expansão no âmbito da liberdade, especialmente sob a ótica dos *deveres de proteção*, tornando possível o reconhecimento da liberdade das minorias (como, exemplificativamente, liberdade religiosa ligada à ideia de tolerância⁴¹²; a liberdade de associação, a liberdade de imprensa, dentre outras), tema que será ulteriormente desenvolvido com mais detalhes, numa verificação dos fundamentos sociológicos da solidariedade.

Todas essas circunstâncias, somadas, acarretaram a explosão ou o desmantelamento do modelo liberal (reduzido que era ao Estado Jurídico) e da primeira fase do constitucionalismo burguês, que se ocupava apenas da liberdade do homem perante o Estado. Emergia a compreensão da dignidade humana como “algo mais” que a autonomia da vontade como lida no referido modelo jurídico-político.

“*Liberté, Egalité, Fraternité, ou la mort*”, lema imortalizado da Revolução Francesa, sintetizou a burguesia e o triunfo do liberalismo - triunfo porque, como sinaliza Paulo Bonavides⁴¹³, o postulado da igualdade foi uma vitória dessa classe,

⁴¹¹ Consoante José Carlos Vieira de Andrade (in *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª ed., reimp. Coimbra: Almedina, 2006, p.56).

⁴¹² Um dos expoentes nessa temática foi, sem dúvida, François Marie Arouet, ou, simplesmente, *Voltaire* (1694-1778), como foi conhecido escritor, ensaísta, deísta e filósofo iluminista francês. Sua obra *Tratado Sobre a Tolerância*, escrita em 1763, é inteiramente baseada em um caso de aplicação de pena capital por motivos religiosos, no qual *Voltaire* analisa o suplício, a tortura e a execução impostos ao comerciante protestante *Jean Calas* (postumamente inocentado), acusado de assassinar seu filho, por este desejar converter-se ao cristianismo, fato verificado em Toulouse, na França, no ano anterior, denunciando o preconceito, a precariedade do sistema judiciário, suscitando a responsabilidade dos juízes, os efeitos perversos que as leis poderiam produzir e a desumanidade dessas práticas, sendo, portanto, um defensor de reformas sociais. *Voltaire* parte do pressuposto de que a tolerância e a liberdade religiosa são direitos naturais, e a intolerância, algo absurdo e bárbaro. Direito Natural é, segundo *Voltaire*, aquele que a natureza indica a todos os homens. “O direito humano não pode ser fundamentado em nenhum caso senão sobre esse direito de natureza; e o grande princípio, o princípio universal de um e do outro, é o mesmo em toda a terra: ‘não faças aos outros aquilo que não queres que te façam’. Ora, não se percebe como, segundo esse princípio, um homem poderia dizer a outro: ‘crê no que eu creio e não no que não podes crer; caso contrário, morrerás’. É isso que se diz em Portugal, na Espanha ou em Goa. Atualmente, em alguns outros países, prefere-se dizer: ‘crê, ou te odiarei; crê, ou te farei todo o mal que estiver a meu alcance; monstro, se não tens minha religião, então não tens religião nenhuma; terás de ser um motivo de horror para teus vizinhos, tua cidade e tua província’ (in *Tratado Sobre a Tolerância*. Tradução William Lagos. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2011, pp.38-39)”.

⁴¹³ In *Do Estado Liberal ao Estado Social*, p.67.

na medida em que era a própria burguesia quem, tendo ascendido ao poder político, participava essencialmente da formação da vontade e das decisões estatais que, a pretexto de atuar em nome do povo, agia de forma a contemplar os seus próprios interesses -⁴¹⁴ no plano prático, não se revelou mais do que uma tríade formal desprovida de concretização, sem embargo de tudo se afirmar como uma marco de extremo relevo e como um rito de passagem de invulgar importância por meio das sucessivas *Declarações de Direitos*, quando a Modernidade irá, gradualmente, aproximar a *solidariedade* da *caridade* e da *filantropia*, no que respeita às relações do indivíduo para com os demais. É nessa acepção que o *dever* de prestar auxílio àqueles que passam por necessidades constitui preocupações professas da Revolução Francesa, acepção que, em decorrência das insuficiências do modelo liberal e sua repercussão social, evolui para se colocar como Direito ao *socorro público*.

No entanto, como observa, José Fernando de Castro Farias⁴¹⁵, se o Comitê de Mendicância⁴¹⁶ havia desejado que fosse proclamado o direito à subsistência, não encontraremos antes de 1792, em matéria de ajuda social, senão textos pontuais e transitórios, especialmente decorrentes ou motivados pelos danos da guerra.

Só mesmo em 1793 aparece o reconhecimento dessa necessidade de ajuda social, pela dicção do artigo 21 da *Declaração Francesa* (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, depois convertida na primeira Constituição Francesa, de 1793) de que “*os socorros públicos são uma espécie de dívida sagrada. A sociedade deve a subsistência aos infelizes, seja lhes dando trabalho, seja assegurando os meios de existência àqueles que não podem trabalhar*”, consagrando a participação do Estado na assistência social.

Se isso não traduz ainda o que poderíamos chamar de solidariedade, *justiça distributiva* e de *justiça social*⁴¹⁷, seguramente configura uma primeira expressão

⁴¹⁴ Parece aqui ter assimilado o ensinamento de Tomás Morus, no sentido de que, fora da Ilha da *Utopia*, como dantes abordado, em todos os demais reinos e países, aqueles que falavam em interesse geral, só exerciam mesmo a retórica (na exata perspectiva sofística), porque só pensavam nos seus próprios interesses.

⁴¹⁵ José Fernando De Castro Farias, in *A Origem do Direito de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.188.

⁴¹⁶ Já formado durante a Assembleia Constituinte pós-revolucionária, dito comitê foi instituído com o objetivo de construir hospitais para os mendigos. A mendicância, ao tempo, era tida como uma perturbação social. Em todo caso, cuida-se de um início em matéria de auxílio público.

⁴¹⁷ Vale consignar que “social” é palavra de origem romana do uso latino do vocábulo “societas” (sociedade) que, desde o seu nascedouro, traduzia uma aliança entre as pessoas para um determinado fim específico. Só muito mais tarde, por ocasião do surgimento do Estado Moderno, é que o termo *sociedade* passou a designar uma forma política de organização (a Nação).

(em forma de dever) do que poderíamos designar como uma preocupação constitucional com a *questão social*, simbolizada, na tríade revolucionária, pela *fraternidade*.

Com efeito, nos movimentos *Iluministas* do século XVIII, emergiram duas vertentes distintas de seus ideais, bem características daquele momento de efervescência filosófica e política, pois, se de um lado tal período foi intensamente marcado pelas ações críticas à situação político-social que se apresentava na época, com atitudes alimentadas pelo racionalismo da *Era da Razão Humana*, do outro, evidenciava-se a existência de uma vontade de construção do futuro em bases filosóficas que já haviam sido nutridas no século anterior e que eram essencialmente ligadas ao processo de secularização, sem que qualquer associação política de cunho religioso fosse proscrita.

A postura Iluminista que intentava estender a crítica racional - a razão humana guiada pela inteligência - a todos os campos do conhecimento humano, foi antecedida por uma posição radicalmente agnóstica, incrédula e descrente em tudo que não pudesse ser cientificamente provado pela experiência, o que se harmonizava com as desconsiderações morais e religiosas que preconizavam um Estado laico e livre dessas concepções abstratas.

Teoricamente, o objetivo Iluminista era deixar o cidadão livre para pensar, dizer e proceder às suas próprias escolhas. No âmbito da Filosofia Política, isso revela a própria identidade da Modernidade.

Mas esse ideário de pensar, dizer e escolher (simbolizado na tríade liberdade-igualdade-fraternidade), preconizado por muitos pensadores iluministas e inúmeros expoentes do humanismo (muitos deles integravam a instituição que conhecemos por Maçonaria), tinha objetivos que, de tão abrangentes, conduziram a uma certa utopia e propiciou uma forma de pensamento que permitiu uma nova *modalidade de exploração do homem pelo homem, nos domínios do capital pelo trabalho humano*.

Por que fazemos essa referência a propósito de abordar o processo histórico de afirmação da solidariedade?

A referência é feita justamente porque, na literatura maçônica⁴¹⁸, iremos encontrar uma aplicação da *Dialética* (esotérica) platônica, explanada em capítulo anterior,

⁴¹⁸ SCHURÉ, Edouard. *Os grandes Iniciados*. Tradução de Júlia Vidili. São Paulo: Madras, 2005, pp.13 e s.

em uma interessante interpretação da tríade revolucionária, notadamente, no triângulo equilátero.⁴¹⁹

Um triângulo equilátero tem todos os seus lados congruentes e ângulos internos iguais. Na literatura maçônica, nos dois lados que descem do vértice, inscreveu-se, em um, *liberdade*, e, noutro, *igualdade*, dois conceitos antitéticos que, à partida, tendem a se afastar um do outro ao infinito, em toda esfera da experiência humana. Contudo, essa fuga dos lados antagônicos encontra sua síntese, segundo a velha *Dialética* platônica, na base, na estrutura. É nela que o escoamento do antagonismo é interrompido. É na base que se inscreveu a *fraternidade*.

Como elemento sintético, a *fraternidade* - cujo sentido é a própria *expressão da pluralidade do ser pessoa* - almejava, teoricamente, superar a liberdade e a igualdade em um nível mais elevado, mas, guardando-as, sem embargo, no terceiro elemento sintético do jogo de opostos, revelando as facetas individual e social de cada ser humano; ali estava, de algum modo, desenhado, que a pluralidade (a relacionalidade) se inscrevia na estrutura de base da pessoa, na sua essência, como algo que lhe é constitutivo. Não era algo genuíno, mas uma ilustração, uma vez que a história do pensamento humano revela que essa ideia já havia se desenvolvida no Cristianismo e, mais remotamente, era ínsita do imaginário de pensadores da Antiguidade, como já tivemos a oportunidade de discutir.

Curioso é observar que essa simbologia sintética é realizada, na tríade revolucionária, por meio de um princípio da Ética, de alta carga espiritual, perspectiva avessa aos postulados iluministas, mas com a ‘vantagem’ de *desviar* de uma vinculação religiosa direta e, portanto, em princípio, adequado a uma postura laica, apta a promover, ao menos em tese, o equilíbrio necessário à convivência, *como ideais*, dos princípios da liberdade e da igualdade, de natureza sociopolítica, em seu perfil inicial antinômico, dela devendo-se extrair uma noção de *dever* e de *responsabilidade* de uns pelos e para com os demais.

Para além de ser lema da Revolução Francesa, essa tríade, vale registrar, foi o suporte de uma série de movimentos sociais e políticos, dentre eles, no Brasil, a *Inconfidência Mineira*. Além disso, ela inspirou várias Declarações de Direitos, dentre as quais a própria *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, no pós-

⁴¹⁹ Cuida-se de um polígono que tem três lados e três ângulos iguais e constitui um símbolo da divindade, da harmonia e da proporção. Ele remete ao número três (3) e denota a existência de uma ordem intelectual, em Deus, no cosmos e no homem; o número três (3) traz em si certo mistério e expressa, pelo seu perfil dialético, o todo, traduzindo uma noção de harmonia e de união.

guerra, em 1948. Basta conferir o teor de seu artigo 1º, ao afirmar que “*Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade*”.

Em foco, portanto, esteve, desde a Revolução Francesa e posterior Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ao menos uma confessada expectativa da organização de uma sociedade em busca de uma grande síntese político-social inserida na ideia de *fraternidade*, isto é, de um princípio que congregue ou deveria também congrega a noção de *doação*, de *respeito* e de *cuidado* ao outro, do outro e pelo outro, e de construção do bem comum, mas acabou, na prática, sendo lido no velho paradigma individualista Moderno, sob o influxo do *voluntarismo* - como expressão máxima da liberdade, um dogma, à altura, intocável - e do assistencialismo, alheio ao enfoque personalista, com ênfase na condição de pessoa do homem, primeiramente individual, mas intrinsecamente também social.

Mesmo que os ideais que, teoricamente, impulsionaram a Revolução Francesa identificassem certa dívida social da sociedade para com os menos favorecidos, solidariedade aí não significou muito mais que uma *proclamação quimérica*. A fraternidade revolucionária, em termos de significação de um *dever* do indivíduo para com os demais com os quais compartilha necessariamente a mesma condição humana, não passava de um lirismo, um mito, um postulado efêmero nesse sentido, pois, se alguma vez ele não foi mais do que uma dissimulada ideologia a viabilizar a continuidade do trânsito dos objetivos liberais-burgueses, a fraternidade profetizada pela ótica liberal era, ainda, uma fraternidade voluntarista-assistencialista, uma caridade estatal ainda embasada numa igualdade meramente formal, estruturada sob um logicismo abstrato, cego ao indivíduo concreto e à realidade social que já havia mostrado a cara.

Dessa percepção proveio a crítica de Hegel (1770-1831) a Kant e ao seu formalismo que aquele afirmava vazio. Já implementadas as Revoluções Liberais e constatando a insuficiência do sistema filosófico dualista kantiano no que respeita a solução de problemas práticos, Hegel, avesso às concepções contratualistas de sociedade, irá compreendê-lo como uma evolução dialética de grupos a partir da família e, por conseguinte, o Estado como expressão mais elevada da unidade sintética entre o indivíduo e a sociedade, e *não como produto de um contrato social*.

De inspiração nitidamente platônica, Hegel sustentará o Estado como a *Grande Síntese*, concebendo, assim, um modelo Estatal cujos interesses estão acima dos

interesses corporativos e particulares da sociedade civil, mas, tendo como pressuposto um processo dialético, os interesses das corporações e da sociedade civil estariam superados, contudo, ao mesmo tempo, guardados nos interesses estatais. Nesse contexto, os interesses individuais e coletivos serão sempre subordinados ao interesse superior do Estado, onde se dilui o próprio homem.

Necessário dizer que Hegel compreende que o indivíduo somente pode realizar a sua liberdade no Estado, pois só nele é que ela alcança seu valor supremo, na medida em que só no Estado encontra a sua essência. Por isso, o homem deve ao Estado tudo que ele é. Aqui, precisamente, Hegel supera o contratualismo, porque a relação existente da parte com o todo é uma relação de *dever* (e não de liberdade). É no Estado que o homem encontra o seu destino e o indivíduo age em torno da sociedade.

Hegel diviniza o Estado, funcionaliza, não sem fundamentá-lo no *bem comum* (a Moral não está na ação, mas no resultado) o ser humano, e subverte a lógica liberal de um Estado neutro e absentéista. No modelo estatal antiliberal hegeliano, o Estado constitui o centro do Direito, da Arte, dos Costumes, de todas as ordens normativas, enfim.

Nele, como observa Celso Lafer⁴²⁰, se verifica a superação do antagonismo entre o *Ser* e o *Dever-Ser*; entre aquilo que está absolutamente certo e aquilo que a arbitrariedade faz passar por Direito, porque seu fundamento reside exclusivamente no Estado, postura mediante a qual Hegel acaba identificando o real e o racional.

Logo, desaparece em seu pensamento, qualquer razão de ser da polarização entre a vontade e a razão como fundamentos do Direito, na medida em que, no sistema hegeliano, *a lei é racional pelo simples fato de ser lei*. Não importa se é justa.

A autoridade faz a lei porque é sabedoria e sua máxima expressão repousa no Estado. A *lei positiva*, posta pelo Estado, assume-se como fonte exclusiva do Direito, que segue, com destaque Celso Lafer⁴²¹, a ideia de sistema enquanto ideal do saber científico, ao mesmo tempo em que intenta *eliminar o Direito costumeiro* que, na visão hegeliana, constituía fonte de incertezas em relação aos direitos de cada um, uma proposta inspiradora para os processos de codificação, simplificação e racionalização do Direito.

Em Hegel, desenvolve-se uma Teoria do Estado que não leva em linha de consideração aquele que é governado, sendo-lhe, aliás, completamente estranha a

⁴²⁰ In *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p.41.

⁴²¹ Op.cit., p.42.

perspectiva de limitação do poder, razão pela qual a Constituição, nesse modelo, não se afigura garantia qualquer contra eventuais abusos dos governantes nem de direitos fundamentais oponíveis ao próprio Estado. Em contrapartida, a historicidade foi sempre o traço marcante de seu pensamento, e Hegel concebe a Constituição como o *espírito de um povo*.

Como observa Thadeu Weber⁴²², a filosofia hegeliana formula uma grande crítica à de Immanuel Kant, especialmente refutando o seu formalismo, por meio “*das determinações ou desdobramentos da ideia de liberdade ou das vontades livres dos sujeitos agentes nas instituições sociais*”.

Hegel vê no imperativo categórico kantiano uma forma vazia e insuficiente, pois diz como deve agir o indivíduo, mas não diz o que deve ser feito. O Filósofo sequer o compreende como um princípio, porquanto, a seu modo de ver, ele não passa de pura abstração formal.

Na formulação hegeliana, o Teórico repele a uma definição de ação moral como o cumprimento do dever pelo dever, sem dizer como *deve ser*, só porque é uma premissa universalizável e porque, a estas bases, ela é moral. Hegel não comunga da ideia de uma moral interna e uma ética externa e coletiva. O Filósofo supõe uma coabitação entre forma e conteúdo; em outros termos, ele considera o resultado (*o ser*) e nele vislumbra o seu conceito de Ética. O imperativo categórico kantiano, segundo Hegel, não cumpre os seus objetivos e é insuficiente, porque não determina deveres particulares⁴²³ e é vazio de conteúdo.

E a crítica de Hegel a Kant no que respeita ao seu formalismo, é especialmente importante no objetivo de pensar o Direito como algo que seja necessariamente *justo*, porque Hegel bem observou que o critério meramente formal pode ser usado tanto para justificar o ato moral como para justificar o ato imoral⁴²⁴. Hegel, a despeito de formular um Estado de índole, para alguns, totalitária, mas, de qualquer modo muito alinhavado com o socialismo, bem sabia que uma caixa, enquanto invólucro, poderia veicular bombons ou explosivos, a depender da vontade do agente sobre o colocar o conteúdo na caixa.

Por isso, segundo os postulados hegelianos, toda determinação ética é aquela do concreto, formulada em termos dialéticos, na sua imbricação com o outro, realizada sob considerações pragmáticas, porque Hegel vislumbra como autenticamente ético o

⁴²² In *Ética e Filosofia Política: Hegel e o Formalismo Kantiano*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999, p.10.

⁴²³ In *Ética e Filosofia Política: Hegel e o Formalismo Kantiano*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999, p.89.

⁴²⁴ In *Ética e Filosofia Política: Hegel e o Formalismo Kantiano*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999, p.90.

sistema de deveres, dialeticamente, deduzidos da ideia e encarnados no Estado. “*É na concretização das vontades livres em si e nas instituições objetivas da sociedade e do Estado que se determinam deveres particulares, dentro da coerência universal do movimento histórico*”.⁴²⁵

Se Kant considera a pureza da intenção como critério fundamental da moralidade, Hegel irá considerar o resultado e as consequências dos atos humanos. No tema desta investigação, importa analisar o reconhecimento subjetivo da liberdade como princípio universal. “*No nível da moralidade, o que interessa é a subjetividade, ou seja, assim como no Direito todos somos pessoas, na moralidade todos somos sujeitos. Não se trata só da minha subjetividade, mas da subjetividade externa, que é a vontade dos demais. Por outra, a subjetividade se converte no reconhecimento da mesma subjetividade dos outros, na vontade dos outros. Esta vontade dos outros é para mim a outra existência que eu dou ao meu fim. Como todos temos fins, para que estes se realizem, tem que haver uma coincidência com a subjetividade externa dos outros. Os conteúdos que eu me proponho deverão, assim, ser universais, isto é, reconhecidos pelos outros*”.⁴²⁶

Vê-se claramente que, enquanto Kant colocou as bases da liberdade no sujeito, Hegel irá mostrar outro caminho da liberdade e a sua presença no objetivo. Ainda, aos moldes platônicos, dirá que o caminho do conhecimento é a *Dialética*, a discussão contraditória, na medida em que o princípio da contradição não afirma a sua inexistência; diz apenas que ela (a chamada antinomia) deve ser evitada, mas, como as antinomias existem, elas devem ser superadas, introduzindo-se uma diferença, e a via da superação para um consenso de liberdade, é o diálogo, com a introdução recorrente de novos conteúdos (com o que traz ao debate a historicidade; o ser de cada momento), elaborando novas distinções, podendo-se, assim, até chegar à verdade consensualizada.⁴²⁷

Esse é, em Hegel, o espaço do livre arbítrio e da responsabilidade moral que, por outro lado, segue uma lógica determinista e não considera a singularidade do ser; não leva em conta a dimensão noumênica⁴²⁸ do ser humano e não leva em conta sua

⁴²⁵ In *Ética e Filosofia Política: Hegel e o Formalismo Kantiano*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999, p.92.

⁴²⁶ Thadeu Webber. In *Ética e Filosofia Política: Hegel e o Formalismo Kantiano*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999, p.98.

⁴²⁷ Neste aspecto, não se visualiza substancial diferença da ideia kantiana acerca do pressuposto fático, ponto de partida para a formulação da sua Razão Teórica e de sua Razão Prática.

⁴²⁸ A palavra grega *noumenon* refere a tudo que é contrário ao *phainomenon*, ou aquilo que fiz respeito ao que aparece ou provisório. *Noumenon*, ao contrário, diz respeito ao que é essencial, abstrato e perene sob as aparências do material, sensível e instável. No Século V a.C., teve em Anaxágoras a sua caracterização como espiritual, fonte de vida e de emancipação do sagrado. Assim, a *neumênica* do Espírito dirá respeito

individualidade, a marca distintiva da dignidade da pessoa que é a sua autonomia e sua autodeterminação da compreensão kantiana.

Porém, como conceber, mesmo dentro de uma proposta de universalidade, como *humanista* o modelo transpersonalista hegeliano (ainda que proponha o Estado como a mais elevada unidade sintética entre os indivíduos), que dilui o ser humano no Estado, em quem concentra todo o poder de determinar os fins dos indivíduos; que lhes prescreve apenas deveres, que não lhes reconhece a condição de pessoa humana, tampouco dignidade ou uma esfera de liberdade e de autodeterminação impenetrável pelo Estado e obriga os homens à obediência inafastável da lei, apenas por ser lei, pelo fato só de ser ditada pelo Estado?

Um Estado que compreende que só nele o indivíduo pode realizar a sua liberdade, que só nele a liberdade adquire o seu valor supremo; que só ele pode ditar, como um verdadeiro Senhor, o destino dos seres humanos, mostra-se a própria encarnação do Estado Totalitário, a antítese da condição de pessoa humana e dignidade imanente e, por conseguinte, um Estado que, mesmo preconizando deveres, tais deveres não têm fundamento na condição de pessoa humana, mas no poder despótico do Estado.

Caberia, a nosso ver, no pensamento hegeliano, a mesma crítica antes traçada por ocasião de trazermos à baila a sociedade ideal trazida por Tomás Morus (muito embora esse, ao contrário de Hegel, possa se considerar a gênese do socialismo cristão), em páginas anteriores, tocante à asfixia da liberdade e ao desprezo por uma compreensão de dignidade humana mais consentânea com a condição de pessoa do ser humano, envolvendo não apenas a relacionalidade, mas, também, e precedentemente (pois a parte vem antes do todo) uma individualidade, uma capacidade moral de fazer escolhas, de se autodeterminar, de definir seus fins - porque é um sujeito moral e dotado de razão -, e de acordo com elas se determinar.

No plano histórico, a doutrina hegeliana, de outra banda, alimenta percepção de que os ideais revolucionários de liberdade, igualdade e fraternidade, que serviram de bandeira às Revoluções Liberais no âmbito da realidade, se desvaneceram. A única coisa que pareceu ter mudado era a fonte de opressão: a classe dominada passou a ser a classe dominante. Os socorros públicos de natureza assistencialista, além de escassos, não davam conta de resolver minimamente a questão social.

às suas características essenciais, às formas peculiares pelas quais Ele se manifesta. Assim, o Espírito é tido como pura manifestação da essência; é luz eterna que transforma o caos em cosmos; é fonte de vida; é consciência e criação de valores; é dialético, vitalizado pela contradição e, finalmente, é quântico e virtual. Confira-se em www.filosofiaparatodos.com.br, acesso em 23 de abril de 2019.

Já o francês Alexis de Tocqueville (1805-1859)⁴²⁹ havia elaborado, nos idos de 1830, detalhada descrição do sistema de leis beneficentes inglesas ao mesmo tempo em que denunciava que dito sistema, em boa verdade, *excluía a sociedade*, pois configurava apenas uma relação entre o Estado e o indivíduo que, em vez de aproximá-los, os opunha e os dividia em classes, ou seja, tratava-se de uma *pseudofraternidade* ou de uma *pseudossolidariedade*.

As observações de Tocqueville repousavam na sua percepção sobre a existência de dois tipos de beneficência, quais sejam, a *caridade* e a *responsabilidade social*. A primeira condensava, para ele, uma *virtude privada*; a segunda, compreendia como *assistência pública geral*, que tinha por substrato a *responsabilidade social*. Tocqueville sinalizava para o fato de que esta última forma de realização da solidariedade já vinha praticada em larga escala na Inglaterra.

Contudo, o Francês escancarava uma compreensão individualista do ser, pois não considerou a “*responsabilidade social*” como algo inerente à *pessoa humana*, como alguma coisa que traduzisse *um dever de todos para com todos*, como um dever de cooperação em suas relações individuais, ou seja, fora das relações Estado-Indivíduo, como uma forma de concretização da *justiça*, própria dos fins do Direito, que fosse inerente ao homem e à condição humana. Tocqueville visualizou bem o homem, mas lhe faltou compreendê-lo como pessoa integral, que também realiza, e necessariamente, a sua personalidade, e desenvolve suas potencialidades, na sua imbricação inexorável com o outro, ou seja, na sua dimensão constitutiva social, pois colocou no Estado como órgão prestador de assistência, como sendo o próprio e o único devedor.

Do quanto já dissemos, é possível afirmar que no período Pós-Revolução Industrial e Pós-Revolução Francesa, ao menos num primeiro momento, até se pode verificar uma inquietação política com a questão social, decorrente de uma mais profetizada do que efetiva preocupação ou responsabilidade social, assumida, agora, pelo Estado, com os socorros públicos, numa acanhada perspectiva de assistência social.

Na prática, contudo, seguiu-se a recorrente exploração dos mais fracos pelos mais fortes, bem como a ausência de implementação efetiva do princípio de base do triângulo equilátero - a fraternidade -, o que fez emergir rapidamente *teorias socialistas* como formas de reação às injustiças sociais e de busca de melhores condições de trabalho para

⁴²⁹ TOCQUEVILLE, Alexis de., in *Democracia y pobreza: memoria sobre el pauperismo*. Madrid: Trotta, 2003, p.61.

a classe operária, que, à sua vez, aos poucos foi constatando que a forma mais eficaz ou a melhor estratégia para atingir os seus objetivos individuais era em grupo.

A partir dessas experiências, o homem se deu conta das vantagens da luta e da vida coletiva, em detrimento da labuta individual, mediante a união de forças contra a opressão e a exploração. É assim que entram em cena os sindicatos e também outras modalidades associativas que desempenharam importante papel na correção das injustiças e severas distorções sociais geradas pelo capitalismo desenfreado do Estado Liberal e seu postulado de livre comércio.

Empiricamente, o homem percebeu que a união em prol de uma causa era um instrumento muito mais poderoso e eficiente do que o empenho isolado na busca de um fim comum, e acabou por concluir que o individualismo o enfraquecia, ao contrário da busca por meio do grupo, que o fortalecia.

Findas as Revoluções Liberais, não decorreu muito tempo para que os teóricos de todos os ramos do conhecimento compreendessem que, se a tríade revolucionária “*Liberté, Egalité, Fraternité ou la mort*” foi, alguma vez pensada efetivamente, para afirmar que todos eram de verdade iguais, na prática social, ela serviu exatamente para revelar que em tal modelo liberal-democrático, alguns eram mais iguais do que outros (a imensa minoria); que o problema social, em que pesem as premissas libertárias e democráticas, persistiu e insistiu; que ainda se mantinha caótica a questão da distribuição de rendas que se estendeu ao período pós-revolucionário.

Não por outra razão, após a Revolução de 1848, na França, o “social” entrou de verdade em cena, quando disseminada a compreensão de que o problema social precisava ser resolvido e não só teorizado; ele já não podia mais configurar uma mera ideologia a veicular interesses exclusivos de uma classe social, em inequívoca crítica ideológica ao liberalismo. Como a história anda depressa, o fenômeno para o qual urgia solução efetiva não tardou a se expandir, provocando desassossego ainda maior.

Conforme acima registramos, a terrível realidade já havia antes ensejado, na Inglaterra, o aparecimento do *cooperativismo* e do *sindicalismo*, ou seja, meios intermediários entre o ente estatal e o indivíduo, como alternativa de solução para o problema social, experiências adiante estendidas à França, em concretização ao pensamento em torno da imprescindibilidade de reforma social, mediante a associação voluntária entre patrões e empregados, porém, tudo com bases essencialmente assistencialistas e insuficientes para solucionar a questão social.

Inaugura-se, então, um novo e significativo período na construção de um discurso solidarista com a irrupção do espaço social, quando a Revolução de 1848, na França, coloca em evidência a questão social e a impostergabilidade de solução.

E a reação ao problema social, no século XIX, partiu, inicialmente, de duas frentes distintas: a dos *movimentos revolucionários socialistas*, que designavam o Estado Social - enquanto tipo de organização política e econômica que coloca o ente estatal como agente da promoção (incluindo proteção e defesa) social e organizador da economia nesse desiderato; ou seja, como o ente regulador de toda a vida e a saúde social, política e econômica, e como garantidor de todos os serviços públicos, de modo a suprir todas as necessidades materiais (de bem-estar) dos indivíduos - como uma forma política do Estado que faria a transição para o Socialismo, e a da *Doutrina Social da Igreja*, à qual retornaremos mais adiante, mas que, desde logo, podemos designar uma espécie de retomada por parte de pensadores ligados à Igreja Católica, como forma de empreender uma reanálise do problema das relações entre o indivíduo, a sociedade civil e o Estado, dando assim mais um passo ao surgimento do Estado Social ou Estado do Bem-Estar.

No contexto de movimentos e de propostas de natureza socialista, destacou-se Proudhon (1809-1865)⁴³⁰, por difundir a ideia de que a propriedade era roubo, repúdio

⁴³⁰ O Francês, um filósofo político, econômico e membro do Parlamento em seu país de origem, pensador em quem Karl Marx veio a se inspirar, foi considerado um dos mais influentes teóricos e escritores do Anarquismo e assim se proclamava: anarquista. Para Proudhon, a propriedade era um roubo, postura já delineada na sua obra *O Que é a Propriedade?* Pesquisa sobre o Princípio do Direito e do Governo, de 1940. “*Aquele que puser as mãos sobre mim, para me governar, é um usurpador, um tirano. Eu o declaro meu inimigo*”, sustentou o Francês (op.cit., p.63), argumentando em favor de uma sociedade sem autoridade. É que ser governado, para Proudhon, é a antítese da liberdade, algo que equivale a ser vigiado, inspecionado, espionado, dirigido, legislado, numerado, regulado, alistado, doutrinado, pregado, controlado, checado, anotado, censurado e comandado por criaturas que não possuem nem o direito, nem a sabedoria, nem a virtude para fazer tudo isso. É, também, em cada momento, em cada transação, anotado, registrado, contado, taxado, carimbado, medido, numerado, dimensionado, licenciado, autorizado, admoestado, impedido, proibido, reformado, corrigido, punido. Ainda, sob a falácia da utilidade pública ou, em nome do interesse público, ser colocado sob pressão, mandado, roubado, explorado, monopolizado, extorquido, enganado, apertado, assaltado; e ao menor sinal de resistência, na primeira palavra de reclamação, ser reprimido, multado, vilificado, incomodado, caçado, abusado, espancado, desarmado, amarrado, estrangulado, aprisionado, julgado, condenado, fuzilado, deportado, sacrificado, vendido, traído. A, para coroar tudo, ser, finalmente, humilhado, ridicularizado, espicaçado, ultrajado, desonrado. Isto é o governo. Isto é a justiça. Isto é a moralidade. Proudhon participou da Revolução de 1848, em Paris e, de 1849 a 1852 esteve preso por causa de suas críticas direcionadas a Napoleão III. Entrementes, em 1951, escreveu “Ideia geral de revolução no século XIX”, obra em que desenhava sua visão de uma sociedade federalista de âmbito mundial, sem um governo central, mas baseada em comunas autogerenciais, o que rendeu a pecha de reacionário pelos comunistas, porquanto defendeu, ao fim e ao cabo, uma união entre proletários e burgueses. De Proudhon herdamos a ideia de associações de trabalhadores e de cooperativas, bem como a de propriedade coletiva dos trabalhadores da cidade e do campo em relação aos meios de produção, em contraposição à nacionalização da terra e dos espaços de trabalho. Proudhon, contudo, acreditava que a revolução social poderia ser alcançada por meios pacíficos.

que veio a influenciar, tendo mesmo marcado o *Socialismo Utópico*⁴³¹ de Karl Marx (1818-1883) - intelectual e revolucionário alemão, fundador do *Comunismo*, que compreendia a sociedade como um espaço de conflito social em que a ideologia atuante é sempre a da classe dominante - ao qual se contrapôs o *Socialismo Científico*⁴³² caracterizador da segunda fase de sua doutrina.⁴³³

O socialismo marxista expressa uma das mais profundas críticas ao liberalismo. Na visão de Marx, o homem preconizado na sociedade liberal burguesa possui uma dupla configuração, uma como homem propriamente dito e outra como cidadão. A primeira, Marx a compreende “*como realidade dotada de uma existência imediata, sensível, individual e egoísta*”; a segunda, “*como homem político*”, como ensina Paulo Otero⁴³⁴, esta uma realidade abstrata, artificial, alegórica. Em ambas as configurações, falta a dimensão social da força do homem como trabalhador. Daí a entender que só uma revolução econômica e social poderá conduzir à emancipação do homem.

Em Marx, a religião e a ilusão são o que acarreta uma visão distorcida da essência do homem. Aliás, as leis, a moral e a religião traduzem meros preconceitos burgueses - que criou para si um mundo à sua própria imagem sustentado na dominação econômica

⁴³¹ Expressão designativa, à época de Marx, de um conjunto de doutrinas diversas, por vezes até antagônicas, mas que, em comum, tinham duas características básicas: todas entendiam que a base determinante do comportamento humano residia na esfera moral/ideológica e que o desenvolvimento das civilizações ocidentais estava a permitir uma nova era, onde iria imperar a harmonia social.

⁴³² Também conhecido como *socialismo-marxista* ou simplesmente como *marxismo*. O socialismo científico representou uma ruptura com o socialismo utópico, porque compreendia que este não apresentava, na prática, uma solução concreta em termos de combate ao capitalismo. Na visão marxista, isso somente seria possível por meio de uma *revolução internacional*, pois só esta seria capaz de pôr fim à burguesia e ao capitalismo e a implementar o *comunismo*.

⁴³³ Conforme observa Wambert Gomes Di Lorenzo (in *Teoria do Estado de Solidariedade*, p.10), o conjunto da obra literária de Karl Marx, em especial, o seu *Manifesto Comunista* e o *Capital* (obra da qual ele só publicou o primeiro volume; os dois últimos foram publicados por Friedrich Engels) intenta demonstrar que a exploração do trabalho pelo capital é uma exigência das estruturas próprias de produção do modelo liberal. Marx sintetizou a história da humanidade como uma história de luta de classes. Nessa luta histórica, há apenas uma substituição de uma classe pela outra, uma mera alteração na forma de opressão. Como a exploração impele a classe oprimida a se tornar protagonista de transformação social, caberia à Revolução estabelecer o coletivismo, com o fim do capital, no qual o fim da propriedade privada culminaria com a extinção das classes sociais. Cada um trabalharia conforme sua capacidade e receberia segundo sua necessidade. Karl Marx sofreu influência de Hegel, porque estudou na Universidade de Berlim, onde este foi professor e reitor; entretanto, Marx foi também seu crítico, porque, enquanto para Hegel, da realidade se faz filosofia, para Marx, esta precisa incidir sobre a realidade, na medida em que, para transformar o mundo, é necessário vincular o pensamento à prática revolucionária. Teoria e práxis precisam andar juntas. Marx foi um crítico ferrenho das sociedades capitalistas; foi ele a desenvolver a tese da *mais-valia*, no intuito de explicar a obtenção dos lucros no sistema capitalista. Segundo Marx, o trabalho gera a riqueza e, portanto, a *mais-valia* seria o valor *extra* da mercadoria, consubstanciada na diferença entre o que o empregado produz e o que ele recebe. Os operários em determinada produção produzem bens, por exemplo, 100 peças de veículos automotores por mês. Se dividirmos o valor das peças pelo trabalho realizado pelos operários teremos o valor do trabalho de cada um. Contudo, as peças produzidas são vendidas por um preço maior. A diferença será o lucro do proprietário da fábrica, a essa diferença Marx chama de valor excedente, valor maior ou *mais-valia*.

⁴³⁴ OTERO, Paulo, in *Instituições Políticas e Constitucionais*, p.284.

e social - que camuflam interesses da burguesia e expressam favorecimento por ela própria erigidos à condição de lei.

Em seu ideário, o homem é o ser supremo, e por tal razão, tem categoricamente o dever de derrubar, via revolução - considerando que toda a história da sociedade se resume a uma luta de classes -, todas as condições sociais que o tornam um ser viagiado e escravizado. Seu propósito último é a sociedade comunista, em franco antagonismo ao modelo liberal de sociedade que admitia a exploração do homem pelo homem (a dominação do trabalho humano pelo capital). Com ela, visa à supressão da propriedade privada burguesa. Assim, a classe operária - que antes não tem pátria - ascende ao poder, formando uma sociedade comunista com pretensões internacionais, extirpando, de vez, a subjugação do trabalho alheio.

Com isso, Marx rompe, em definitivo, com os arquétipos liberais de liberdade individual e de propriedade privada, prescrevendo um modelo a se desenvolver em duas etapas: a primeira, preconizando a intervenção do Estado e a segunda, a sua extinção, pois ele seria desnecessário, segundo sua proposta de coletivização dos meios de produção e da própria sociedade, um modelo que, em certo sentido, poderia ser lido como conformador de um Estado inicialmente social e interventor de concepção, portanto, socialista, seguido pela instalação da anarquia, pela abolição do próprio Estado, na medida em que o proletariado conquistasse o aparelho estatal na via revolucionária. Sim, pois, em um Estado sem contradições de classes, ele não seria só desnecessário como também impossível.

Ao pensamento marxista era muito alinhado o de Friedrich Engels (1829-1895), coautor de diversas das obras de Karl Marx e um de seus principais colaboradores. Desde jovem, Friedrich Engels era impressionado com a miséria em que vivia a classe trabalhadora nas fábricas pertencentes à sua família e, indignado, depois de, por algum tempo, trabalhar em uma dessas fábricas (que fazia linhas de costura), Friedrich Engels acabou por aderir ao pensamento de Karl Marx no sentido de que a história da humanidade era, efetivamente, a história da luta de classes, perfilando a ideia de *revolução* (aqui compreendida como a luta entre a classe dos opressores e a classe dos oprimidos, ou seja, de patrões e trabalhadores) como meio para extirpar a burguesia e o capital, com a posterior instalação do comunismo, para o qual o socialismo era apenas um rito de passagem.

Operada, na via revolucionária, a vitória da classe operária, com a derrocada da burguesia, emerge daí a sociedade comunista proposta por Marx e Engels, modelo do

qual extraem, ditos pensadores, a ideia de uma democracia verdadeiramente plena, configurando o reino da igualdade, porquanto tal modelo estaria sujeito à seguinte regra: cada um segundo suas capacidades, cada um segundo suas necessidades, tudo pertencente à coletividade, como se a sociedade fosse uma grande e única fábrica, com igualdade de trabalho e salários⁴³⁵.

Entretanto, o Estado Social e, posteriormente, o Comunismo, idealizado pelo socialismo/comunismo de Karl Marx, Friedrich Friedrich Engels e outros que perfilaram semelhante pensamento, se descaracteriza e com ele até se antagoniza com a ideia mesma de condição humana e dignidade intrínseca inviolável e, por conseguinte, com o próprio discurso solidarista, porque, enquanto aquela se distingue pelo papel do meio social na consecução do bem comum na realização dos interesses ou dos propósitos entre os membros de um estrato da vida social, seu modelo, calcado em um novo homem, é indiferente e expurgado de sua individualidade e de todos os resultados que dela possam emergir. Não é um modelo estruturado na ideia de pessoa humana e, por conseguinte, não pode representar seria e essencialmente um discurso solidarista.

Não há, bem de ver, na lógica socialista, uma postura solidária (que compreenda a liberdade de definição dos próprios fins e a conjugação de esforços - inclusive do próprio indivíduo - para alcançá-los), mas de meros deveres para com a coletividade ou mesmo para com o Estado que, não raro, reverteu apenas parte ínfima do produto desses deveres em prol do *bem-estar* de toda a sociedade.⁴³⁶

Basta dizer que a Rússia, na sequência da Revolução de Outubro de 1917, foi o primeiro Estado que, no âmbito jurídico, acolheu o modelo preconizado por Karl Marx e Friedrich Engels, em repúdio ao liberalismo, por meio da “Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado”, que data de 17 de janeiro de 1918, abrindo-se, ali, a abolição da propriedade privada da terra e promovendo-se a nacionalização dos meios de produção, instaurando-se um modelo organizativo sob forma de “ditadura do proletariado”, acolhido pela Constituição da República Socialista Federativa Soviética da Rússia, isso em 10 de julho de 1918, de plena harmonia com o pensamento marxista-leninista que enfeixavam ideias muito semelhantes e, como claramente se vê, configura uma Constituição que francamente comunga de uma postura restritiva de direitos

⁴³⁵ OTERO, Paulo, in *Instituições Políticas de Constitucionais*, p.287.

⁴³⁶ Um bom exemplo disso na atualidade, podemos identificar na China que, adotando o modelo socialista, sacrifica não só a liberdade individual, mas, também, sujeita a maioria da população chinesa a jornadas pesadas de trabalho com remuneração inexpressiva. Há uma China rica e desenvolvida ao lado da qual existe outra onde impera a desigualdade social e a exploração da mão de obra.

fundamentais, na medida em que esses têm apenas como referencial os sujeitos trabalhadores.

Além disso, esse modelo, para os fins de atender aos interesses dessa classe, autoriza o Estado a despojar os indivíduos, como a grupos particulares, de direitos que poderiam usar em prejuízo da revolução socialista, com notória subordinação dos direitos individuais imanentes da condição humana aos interesses abstratos da coletividade - um socialismo desumano -, que não tardou a arrastar a Rússia para um modelo totalitário que se estendeu por anos, somente sendo ultrapassado nos primeiros anos da década de 90 quando a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas desmorona.⁴³⁷

Importa ainda não descurar que a postura revolucionária socialista infligiu medo também à ala liberal⁴³⁸ que, numa solução salomônica, ao ver prosperar ideias comunistas, entendeu conveniente abrir mão de seu radicalismo formal, até porque a mão invisível do mercado, com já enfatizado, não deu conta de resolver o problema social e a reação das massas era iminente. Assim, na tensão dialética entre o liberalismo e o socialismo, surge a *social democracia* (também denominada socialismo democrático), com a proposta de limitar os direitos e liberdades, a igualdade formal, a propriedade privada, pela sua *função social* (lida aqui como uma forma de expressão de justiça) - que nunca mais abandonou o mundo jurídico e se (re)descobriu segundo uma ideia de “fins do Direito” - e pelo *controle do poder econômico* na busca da igualdade material.

Nesse cenário, em especial a partir da segunda metade do século XIX, o pensamento humano também se dá conta de que as filosofias desenvolvidas até então careciam de precisão, porque não se ajustavam à realidade concreta⁴³⁹. Isso terá, igualmente, uma repercussão no plano do Direito, em termos de um repúdio gradual de

⁴³⁷ O sistema político e constitucional de inspiração marxista-leninista, de cariz totalitário, ainda hoje se projetam no âmbito internacional. Basta vermos os exemplos da Coreia do Norte, da República Popular da China, de Cuba e, mais modernamente, na Venezuela, a demonstrar que a mera existência de uma Constituição não é garantia de tutela efetiva da condição de pessoa humana e de sua dignidade imanente.

⁴³⁸ “O liberalismo somente iria vir a conciliar seus postulados aos valores democráticos no início do século XX, em função do influxo exercido pelo crescimento do socialismo e pelas pressões de setores populares da sociedade” Castilho, Ricardo, in *Justiça Social e Distributiva*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.36.) .

⁴³⁹ Nesse sentido expressou-se Henri Bergson (in *La Pensée et Mouvant. Essais et conférences*. Paris: Quadrige/Presses Universitaires de France, 1987, p.1), quando afirmou: “O que mais tem faltado à filosofia é a precisão. Os sistemas filosóficos não se ajustam à realidade em que vivemos. São demasiadamente vastos”, uma crítica manifesta no sentido de que eles caíam em uma metafísica genérica e abstrata, com arranjos divorciados da experiência concreta e imediata, denunciando que a filosofia tradicional, por ser cada vez mais vazia, se distanciava da própria vida.

seu formalismo (próprio do Positivismo Jurídico), de uma futura ruptura com a Escola da Exegese e de um necessário diálogo do Direito com outros ramos do saber, situação que dará ensejo, em um futuro não distante, à construção de conceitos sociológicos de solidariedade, tema do qual nos ocuparemos no capítulo que segue.

CAPÍTULO 8 - As construções sociológicas da sociedade e a solidariedade

A partir da segunda metade do século XIX, os teóricos do conhecimento humano, considerando que as filosofias até ali desenvolvidas eram efetivamente insuficientes para dar conta da realidade, irão adotar posturas que buscarão sua afirmação em um espaço ora interior, ora exterior ao homem, isto é, uma base para a vivência em grupos sedimentada em laços ou vínculos sociais em outras perspectivas.

Tais posições solidaristas sociológicas estarão intimamente ligadas não apenas à efervescência das questões sociais (iniciadas no século anterior e cada vez mais na ordem do dia durante do todo o século XIX), mas, também, conectadas a uma postura científica que tenta romper com o dualismo do conhecimento científico até então filosoficamente desenvolvido: cuida-se do *método experimental* e de uma nova noção de experiência, que busca desfazer a dicotomia entre sujeito conhecente e objeto conhecido e que exercerá determinada influência sobre o pensamento jurídico e sociológico da época.

Essa nova postura é especialmente desenvolvida por Claude Bernard (1813/1878)⁴⁴⁰ no âmbito da Medicina, ao observar que, nela, ao revés da *tradição fisiológica*, em que a natureza efetuava experiência, tal experimentação deixa de ser só passiva para se assumir também como proativa; ou seja, Claude Bernard compreende a experiência como algo em que o homem tem uma relação com a natureza que passa por dois níveis, o da observação e o do experimento.⁴⁴¹

Sobre a observação, o homem aplica procedimentos de investigação; na experimentação, o homem igualmente emprega um procedimento para fazer variar, ou variar num objeto qualquer, a fim de fazê-lo aparecer em circunstâncias ou em condições em que a natureza antes não apresentava⁴⁴². Logo, aqui ele não é mais somente um observador, mas alguém que *dialoga* com a natureza, concluindo que a

⁴⁴⁰ BERNARD, Claude, in *Introduction à l'Etude de la Médecine Expérimentale*. Paris: Librairie Ch. Delagrave 1988, pp.45 e s.

⁴⁴¹ Conforme lição de José Fernando de Castro Farias, in *A Origem do Direito de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.74.

⁴⁴² CASTRO FARIAS, José Fernando de. In *A Origem do Direito de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.74.

observação constitui uma investigação sobre um fenômeno natural e a experiência, ao revés, uma investigação de um fenômeno modificado pelo investigador. Ela é uma observação provocada para fazer nascer uma nova ideia.

O método experimental proposto por Claude Bernard não pode ser compreendido como um empirismo puro, pois ele leva em consideração a *ideia* que, pela experiência, faz possível corrigir incessantemente as teorias. Fato e ideia desempenham, juntos, papel de extraordinário relevo no processo científico, na formação do conhecimento, em que a experiência é adquirida a partir do raciocínio preciso sobre uma hipótese, elaborando um julgamento em torno os fatos. Assim, se a hipótese for correta, o cientista pode confirmá-la; do contrário, terá que abandonar sua ideia e retomá-la sob outros fatos ou hipóteses, de modo que o processo científico constitui um diálogo constante entre o espírito e a natureza, ou, se quiser, entre o sujeito e o objeto.

O investigador, nessa perspectiva, desempenha um duplo papel, que implica procurar e concluir, como observador e experimentador. Como observador, ele escuta a natureza e observa o que ela dita; como experimentador, ele interfere nela; ele, primeiro, *intui* algo; portanto, tem uma *ideia imanente*, e sobre ela reflete, ensaia, tenta, compara, combina, tudo no objetivo de encontrar as condições experimentais para alcançar os objetivos a que se propõe.⁴⁴³

É que, segundo Claude Bernard, o experimentador emprega justamente a *ideia imanente* como forma de interrogar a natureza. Ele a submete à natureza e o resultado ou o fenômeno que daí resultar lhe dará informações científicas seguras em torno daquela ideia inicial, confirmando-a ou permitindo seja inferida uma conclusão. Parte-se, ao mesmo tempo, de uma hipótese (ideia) e da constatação de um fato. A ideia nasce no espírito do investigador (por isso é imanente), sobre a qual ele raciocina e intui uma experiência que será, ou não, confirmada pela reflexão, pelo ensaio, pela comparação, pela combinação, enfim.

Com esse método, o cientista pretende conciliar intuição, razão e experiência. Tudo isso é ciência, uma ciência que, por permitir elaborar uma síntese mais ou menos móvel da ciência e da razão, faz do conhecimento um projeto em permanente construção, algo bem distante da compreensão finalística e definitiva sobre algo, como haviam imaginado Platão e Aristóteles.

⁴⁴³ Como assinala José Fernando de Castro Faria in *A Origem do Direito de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.76.

Inspirados nos estudos de Claude Bernard, notadamente em sua compreensão de *ideia imanente*, muitos pensadores irão revisitar os modos de apreensão do conhecimento - inclusive retomar essa noção que já havia, de certo modo, sido pensada por Aristóteles, se voltarmos ao terceiro capítulo desta primeira parte de nossa investigação, quando situou a ideia no homem e não fora dele, como a imaginou Platão -, no intuito dar novos contornos à noção de verdades, de coletividade, do próprio Direito e da autonomia de grupos, especialmente trazendo essa concepção de imanência para dentro da experiência jurídica no âmbito do direito de solidariedade.

É nesse sentido que o Sociólogo Russo Georges Gurvitch (1894-1965) tentará mostrar que a ideia de um Direito imanente se inscreve no contexto de mudança na racionalidade jurídica do momento histórico e ela será representada justamente pelo direito de solidariedade, construção que vai de encontro à percepção da Ciência do Direito como uma experiência fechada no formalismo da lei, pois esta havia se distanciado da realidade concreta, como destaca José Fernando de Castro Farias.⁴⁴⁴

Georges Gurvitch⁴⁴⁵ será um defensor da sociologia da lei, insistindo que *as regras não são decisões produzidas, interpretadas e aplicadas apenas por uma autoridade estatal competente*, na medida em que grupos e comunidades de vários tipos, sejam formais ou informalmente organizadas, *produzem regulamentos para si e para outros (normas vinculantes que não se originam no Parlamento, nem em fontes estatais)*, considerando, assim, que a legislação é um Direito do ponto de vista sociológico ou, em outra formulação, que *o Direito surge da própria sociedade, não necessitando do Estado*, mas apenas de *atos normativos* que lhe dão existência e cogência, o que terá, como veremos, repercussão na compreensão da condição de pessoa humana, dignidade imanente e solidariedade como heterovinculantes.

Gurvitch compreende a realidade jurídica como dialética entre o um e o múltiplo que se engendra, na arguta observação de José Fernando de Castro Farias⁴⁴⁶, num movimento contínuo de participação mútua, em que o sistema social pressupõe um

⁴⁴⁴ In *A Origem do Direito de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.79.

⁴⁴⁵ Cujas tese de Doutorado, de 1931, versou sobre o Direito Social por ele definido, segundo José Luis Bolzan de Moraes (in *A Idéia de Direito Social. O Pluralismo Jurídico de Georges Gurvitch*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 40) da seguinte forma: "*Nous définissons le droit social comme un Droit d'Integration, opposé aussi bien au droit de séparation dellimitative qu'au droit de subordination ou de domination (...) engendré pour chaque fusion partielle pour chaque interpenetratiön dans le 'nous' qui este à la base normale de la vie de toute groupe*", ou seja, como um Direito de Integração, oposto tanto ao direito de separação delimitativa quanto ao direito de subordinação ou de dominação (...) produzido por cada fusão parcial para cada interpenetração do 'nós' que esta na base normal da vida de todo grupo.

⁴⁴⁶ In *A Origem do Direito de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.128.

procedimento de integração, no qual *o ser social não se reconduz à soma de todos os seus membros*, nem é sobreposto a eles como um objeto exterior, como uma entidade imutável, transcendental ou superior, pois *o ambiente social implica um espaço contínuo de participação*, interpenetrante do múltiplo no um e do um no múltiplo, que promove a correlação indissolúvel do todo e de suas partes, numa espécie de ação comunicativa, parafraseando Jürgen Habermas⁴⁴⁷, em abandono à ideia de indivíduos dispersos, isolados.

A realidade histórico-social, em Gurvitch⁴⁴⁸, implica uma articulação dialética entre a objetificação e a subjetificação. Existe, pois, de um lado, uma espécie de espírito transpessoal, que supõe ser a encarnação do social, e, do outro, um social que é profundamente marcado pelo espírito transpessoal. O Direito seria, assim, algo, ao mesmo tempo fático, axiológico e normativo, e o espírito não pode agir sem manifestar-se na sociabilidade empírica. Nele, o *Direito* e a *Política* tornam-se mediações sociais. Precisamente, o Direito supõe a existência de uma comunidade ativa, tendo uma obra comum a realizar no meio social. Ele faz parte, pois, de um processo social interativo que passa por uma lógica da formação do “nós” sem excluir todos os pronomes pessoais singulares (eu, tu, ele) .

A ideia de imanência também se inseriu nos debates filosóficos - cujos conceitos se apresentavam cada vez mais distantes de um plano concreto -, inicialmente pela proposta fenomenológica do filósofo e matemático alemão Edmund Husserl (1859-1939), ao defender uma nova concepção para o conhecimento, preconizando que o fenômeno era nada menos do que a consciência momentânea de vivências, apresentando, assim, a intenção como estrutura e conhecimento de algo.

Transportada para o mundo jurídico, a fenomenologia de Edmund Husserl terá como ponto central *situar o fundamento do Direito para fora dele mesmo, ou seja, relegá-lo a uma instância superior*, no dizer de José Fernando de Castro Farias⁴⁴⁹, seja ela mesma uma instância racional ou social; como algo não que busca os critérios de juridicidade voltando-se a si mesmo à própria experiência jurídica, tendência, como observa o mesmo autor, que levou Hans Kelsen ao Positivismo Jurídico, seguindo a tradição kantiana de separar o ser (*sein*) e o dever-ser (*sollen*), acabando por criar uma

⁴⁴⁷ BARBOSA, Ricardo. *Dialética da Reconciliação: Estudos sobre Habermas e Adorno*. Rio de Janeiro: Uapê, 1996, p. 25 e s.

⁴⁴⁸ In *L'Idée du Droit Social, Nation et Système du Droit Social. Histoire Doctrinale Depuis le XIIème Siècle Jusqu'à la Fin du XIXème Siècle*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1931, pp. 16-17.

⁴⁴⁹ In *A Origem do Direito de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, pp. 79-80.

dicotomia entre a forma e a norma, *fazendo com que o Direito não retornasse a ele mesmo, mas a um sistema de normas produzidas pelo Estado, independente da justiça de seu conteúdo.*

Henri Bergson (1859-1941), entretanto, irá, mais à frente, propor uma fenomenologia em outras bases, pois buscou fazer da metafísica uma experiência⁴⁵⁰, pretendendo situar a *intuição* (como a ideia que antecede a experiência, consoante pensou Claude Bernard) como um método de conhecimento. Com isso, ele não tentará procurar a realidade das coisas para além dos nossos sentidos; antes, buscará edificar uma representação das novidades radicais e da imprevisibilidade do processo social de modo que a sua duração o mostre tal como ele é, ou seja, com uma duração contínua, um jogo ininterrupto de novidades⁴⁵¹, tese que sugere, como pontua uma vez mais José Fernando de Castro Farias⁴⁵², uma experiência jurídica portadora de um *impulso vital*, marcado pela criação contínua do novo e, pelo tanto, apta a produzir, de algum modo, um movimento irreversível, *de forma que ela nunca será uma experiência jurídica fechada, que confina o Direito nele mesmo, mas numa perspectiva ativa, aberta, criadora e recriadora.*

Dentro dessa concepção, a experiência jurídica promove uma articulação entre o fato e a norma, entre o *ser* e o *dever-ser*, entre o fato e valor, *circunstância que já não admite que qualquer fato possa ser validamente ordenado e impõe um diálogo permanente entre sujeito e objeto.* E essa articulação já não se realiza por meio de uma relação de causa e efeito, segundo a lógica do *se/então*, na medida em que o normativo constitui o próprio fato, o que justamente inspirou a sociologia de Georges Gurvitch, para quem o fato em si é considerado como portador de uma positividade jurídica.

Cuida-se, como bem podemos observar, de uma postura que encontra um *fundamento para a sociedade que é diferente daquele pensado como uma ordem natural*, mas, ao mesmo tempo, também é distante das teorias contratualistas dos séculos anteriores. Ela propõe uma base de sociedade que se estrutura em torno de uma “ideia”, especialmente de uma “*ideia diretora*”, *como o fundamento da solidariedade e da coesão social.*

⁴⁵⁰ in *La Pensée et Mouvant*. Essais et conférences. Paris: Quadrige/Presses Universitaires de France, 1987, pp.9-10.

⁴⁵¹ in *La Pensée et Mouvant*. Essais et conférences. Paris: Quadrige/Presses Universitaires de France, 1987, pp. 9-10.

⁴⁵² In *A Origem do Direito de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.80.

As ideias sociológicas para explicar a sociedade não eram, à altura, algo novo. Auguste Comte (1798-1857) já havia cunhado a expressão *sociologia*, inicialmente por ele designada *física social*, em sua filosofia positiva, na qual negava que a explicação dos fenômenos naturais, assim como os sociais, provinha de um só princípio. A visão positiva de Auguste Comte acerca dos fatos acabou por abandonar considerações em torno das *causas* dos fenômenos (Deus ou natureza), para centrar-se na pesquisa de suas leis, agora não apenas vistas como relações abstratas, mas também constantes entre fenômenos observáveis.

Em sua *nova ciência*, Auguste Comte também empregou a observação, a experimentação, a comparação e a classificação como métodos para a compreensão da realidade social, pois acreditava que os fenômenos sociais podiam e deviam ser percebidos como os outros fenômenos da natureza, ou seja, como obedecendo a leis gerais, sem embargo de sempre enfatizar que essa postura não implicava reduzir os fenômenos sociais a outros fenômenos naturais.

A Sociologia⁴⁵³, conforme ele a compreendia, importava que os fenômenos sociais fossem entendidos como um tipo específico de realidade teórica e que deveriam ser explicados em termos sociais. Auguste Comte, para quem ciência era a investigação do real, preconizava que era necessário conhecer a realidade para saber o que aconteceria a partir de nossas ações, seguindo a lógica do observar, prever e, assim, prover; só desse modo o ser humano poderia melhorar a sua realidade, de sorte que a previsão científica constituiu a nota típica de seu pensamento positivo.

O método positivo comtiano, a rigor, caracterizava-se pela observação. Mas ele era assente de que cada ciência ou cada tipo de fenômeno tem suas particularidades, demandando, cada um, um método específico de observação, ao qual, Auguste Comte aliava à imaginação. Com efeito, em termos comtianos, não é possível fazer ciência sem a imaginação, é dizer, sem uma ativa participação da subjetividade individual e, por assim dizer, coletiva. No entanto, é imprescindível que toda subjetividade seja a todo instante confrontada com a realidade, isto é, com a objetividade.

Havia, portanto, para Auguste Comte, um método geral para a ciência, consubstanciado na observação subordinada à imaginação, mas esse método não

⁴⁵³ A Sociologia nunca mais se apartou do Direito. Nesse sentido, Norberto Bobio (in *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Capos, 1992, p.68) sublinha que “*também os direitos do homem são, indubitavelmente, um fenômeno social. Ou, pelo menos, são também um fenômeno social: e, entre vários pontos de vista de que podem ser examinados (filosófico, jurídico, econômico, etc.), há lugar para o sociológico, precisamente o da sociologia jurídica.*”

constituía o único para todas as ciências pois, para além disso, impunha-se a compreensão da realidade, esta devendo ser invariavelmente lida com uma relação contínua entre o abstrato e o concreto, entre o objetivo e o subjetivo.

Disso, Auguste Comte extraiu a conclusão epistemológica de que só era possível o conhecimento da humanidade em seu estudo como um todo (sujeito e realidade objetiva), *postura que implicava a fundação da Sociologia*, que, para o Filósofo francês, era necessariamente histórica, considerando, ainda, para além da realidade, outros princípios que caracterizavam o seu *positivismo*, como o relativismo, o espírito de conjunto - hodiernamente visto como *holismo* - e a preocupação com o bem público (coletivo e individual).

Essa postura, nascida em meio às transformações sociais, econômicas, políticas, ideológicas, tecnológicas e científicas anteriormente destacadas, influenciou outros pensadores que, mais à frente, buscaram explicar o modo de formação dos grupos sociais no discurso sociológico e com ele fundamentar a sociedade e a solidariedade.

Um dos expoentes nessa construção foi o francês Émile Durkheim (1858-1917), em especial pelos estudos desenvolvidos em obra intitulada *A Divisão do Trabalho*, de 1893, em que sustentou que uma sociedade se mantinha coesa (o substrato de sua sociologia é eminentemente a coesão social) por duas forças de unidade, uma mecânica e outra orgânica.

A primeira, o Sociólogo francês, concebendo a sociedade já não como um espaço de conflitos sociais, mas como um *sistema*, denominou *solidariedade mecânica*, em que as pessoas se mantêm unidas por terem semelhantes pontos de vistas, compartilhando dos mesmos valores, das mesmas crenças religiosas. E a segunda, ele denominou *solidariedade orgânica*, representada pela divisão do trabalho em profissões especializadas; a especialização de tarefas propiciava, segundo Durkheim, pela interdependência, a união do grupo social.

Dentre os principais aspectos da teoria sociológica de Durkheim está a crença na existência de fenômenos sociais (o fato social, que será dali em diante incorporado à realidade jurídica como uma referência e um fundamento obrigatório para a reformulação do próprio Estado de Direito) que devem ser analisados e demonstrados com *técnicas especificamente sociais*; o entendimento de que a sociedade é algo que está, concomitantemente, dentro e fora do homem, conforme os valores e princípios morais que forem adotados; sua compreensão de que as pessoas são educadas sob a influência dos valores da sociedade onde vivem; que a sociedade está estruturada em

pilastras que se manifestam por meio de expressões (conceito de estrutura); e o entendimento em torno da divisão do trabalho social, segundo o qual, numa sociedade, cada indivíduo deve exercer uma função específica, seguindo direitos e deveres, em busca da solidariedade social. Desta forma, pode-se chegar ao progresso e ao avanço para todos.

O Sociólogo francês, na obra retrorreferida - que é também sua tese doutoral - formula uma profunda crítica ao individualismo utilitarista dos economistas de sua época, ao defender que a vida econômica não nasceu da vida individual, mas, ao contrário, a vida individual é que nasceu da vida economia.

Émile Durkheim será um ferrenho crítico da ordem de divisão do trabalho capitalista, porque compreende que ela não organiza, como uma mão invisível, a sociedade como propaga; o Sociólogo a ela contrapõe o argumento de que, em verdade, ao revés do que ela diz promover, traz novos problemas, necessidades e motivos de infelicidade, pois produz desigualdades, sendo que Durkheim tem para si que *a felicidade está de algum modo ligada ao equilíbrio entre as necessidades e os meios para satisfazê-las*.

Como se observa, Émile Durkheim dá ênfase às consequências sociais do modo capitalista de organização social e econômica, principiando suas reflexões pelos fenômenos econômicos que acredita serem frutos de um contexto histórico, que influencia os indivíduos e é por eles influenciado. Justamente por isso, o individualismo racional seria um fenômeno recente e gradual, característico de sociedades modernas, para as quais o fato social não tinha relevo; defende, assim, dentro de sua ideia em torno de coesão, fato social e solidariedade (*preconizando que a formação de uma sociedade depende da construção de laços de solidariedade*), que *é necessário que o indivíduo sacrifique certa parcela de sua liberdade em prol do todo, devendo em favor dele atuar, porquanto o indivíduo provém da sociedade*.⁴⁵⁴

Reificando os fatos sociais, a fórmula desenvolvida por Émile Durkheim acaba por obrigar os juristas a refletirem o Direito como *coisa social* em um primeiro plano,

⁴⁵⁴ É que o sociólogo em tela, parte da perspectiva de que os fatos sociais devem ser compreendidos como coisas e, a partir disso, fornece uma definição do que é normal e daquilo que é patológico aplicado a cada sociedade; e o normal, segundo Émile Durkheim, seria aquilo que é ao mesmo tempo obrigatório para o indivíduo e superior a ele. Com isso, ele quer significar que a sociedade e a consciência coletiva são entidades morais mesmo antes de terem uma existência tangível e essa preponderância da sociedade sobre o indivíduo deve permitir a realização deste, desde que consiga integrar-se a essa estrutura. Suntamente, ainda, que, para que a coesão impere na sociedade, impõe favorecer o surgimento da solidariedade entre os seus membros, solidariedade que, a seu ver, varia segundo o grau de modernidade da sociedade e segundo regras de cooperação e de troca de serviços entre os que participam do trabalho (onde subsiste aquilo que sustentou como solidariedade orgânica).

tornando-se um símbolo visível da solidariedade social, como defendeu o Sociólogo⁴⁵⁵, com quem o Direito deve reproduzir as formas principais de solidariedade social⁴⁵⁶; com isso, formula ou constrói *uma tentativa de passar o Direito de um estado subjetivo, próprio da perspectiva individualista, para um estado objetivo, encontrando o seu fundamento jurídico numa experiência associativa e aberta*, que visa a dar ao ser humano, ao mesmo tempo, uma dimensão individual, mas, também, coletiva, proposta que dá ensejo ao surgimento do que veio a ser designado como *Sociologia Jurídica*.

A construção de fundamentos sociológicos para o surgimento das sociedades também encontrou eco nos estudos do intelectual alemão Max Weber (1864-1920), jurista e economista, igualmente considerado um dos fundadores da Sociologia, cujo pensamento se amolda ao que antes referimos como uma reação socialista ao capitalismo liberal.

Em Max Weber, a função do sociólogo é compreender o sentido das chamadas *ações sociais* e isso reclama identificar os seus nexos causais determinantes. Embora tais ações sejam infinitas em matéria de Sociologia, Max Weber as divide em *tipos ideais*, que servem ao menos como parâmetros ou modelos para, a partir deles, se definir quatro ações fundamentais, a saber: a) a *ação social racional com relação a fins*, em que ela é estritamente racional, com um fim pré-estabelecido e por ela buscado, impondo-se, pela racionalidade, a escolha dos melhores meios para se realizar o fim eleito; b) a *ação social racional com relação a valores*. Nela, não é o fim que orienta a ação, mas o valor que o fará, seja ele ético, religioso, político ou estético; c) a *ação social afetiva*, constituindo aquela em que o mote da conduta é o sentimento, a exemplo do orgulho, da vingança, da loucura, da paixão, da inveja, do medo, entre outros; e d) a *ação social tradicional*, que tem nos costumes e nos hábitos arraigados na sociedade seu fundamento e fonte motivadora.

Observa, Max Weber, que os dois últimos modelos de ação social são irracionais. Sem embargo de reconhecer que a ação social é sempre aquela que é orientada ao outro, concede que há algumas atitudes coletivas que não podem ser consideradas sociais.

Veja-se que, sob o aspecto metodológico, Max Weber irá divergir de Émile Durkheim, porquanto este tem como método a observação e a experimentação, para, especialmente a partir da análise comparativa, realizar ou firmar os contrapontos entre as diversas sociedades. Considerando os *factos sociais* como *coisas*, Durkheim almeja

⁴⁵⁵ In *De la Division Du Travail Social*. Paris: Quadrige/Presses Universitaires de France, 1986, p.28.

⁴⁵⁶ In *De la Division Du Travail Social*. Paris: Quadrige/Presses Universitaires de France, 1986, p.32.

mostrar que o cientista precisa romper com qualquer pré-noção, ou seja, que é necessário, desde o começo da pesquisa sobre a sociedade, abstrair juízos de valor que são próprios ao sociólogo (neutralidade), promovendo-se uma total separação entre o sujeito que estuda e o objeto estudado.

O autor em tela, a seu turno, por considerar que a realidade é infinita e que, em decorrência, quem a estuda nela faz somente um recorte, no propósito de explicá-la, esse próprio recorte constitui prova de uma escolha que alguém realiza para estudar isso ou aquilo em um dado momento histórico. Não há, por conseguinte, consoante pensou Émile Durkheim, uma completa objetividade. Ou seja, para Max Weber, os juízos de valor aparecem já no momento da definição do tema a ser estudado. Logo, só após a definição do tema, quando se vai partir rumo à pesquisa em si, é que se faz possível ser objetivo e imparcial.

Weber concebe as sociedades como orientações culturais da ação. Sua convivência com a doutrina protestante acaba por exercer forte influência no pensamento weberiano e na escrita de sua “*A ética protestante e o espírito do capitalismo*”.

Comparativamente, enquanto Émile Durkheim sustenta que a Sociologia deve estudar os *atos sociais*, que precisam ser gerais, exteriores e coercitivos, além de objetivos, sem o que não poderá ser designada como *Ciência*, a perspectiva weberiana, como acima destacamos, colocará ênfase na ação social, dividida em tipologias. Além disso, Max Weber não se apoiará nas ciências naturais a fim de construir seus métodos de análise, porque não acredita ser possível encontrar leis gerais que expliquem a totalidade do mundo social. É por isso que ele não estará interessado em descobrir regras universais para fenômenos sociais; ao contrário, quando rejeita as pesquisas que se resumem a uma mera descrição dos fatos, Max Weber caminha em busca de leis causais, as quais são suscetíveis de entendimento a partir da racionalidade científica.

Diante dessa reformulação do saber jurídico, bem expressa com o nascimento da Sociologia Jurídica e sua proposta de *compreender o Direito a partir da própria sociedade*, de um “direito vivo”⁴⁵⁷, o discurso solidarista⁴⁵⁸ ganha contornos novos,

⁴⁵⁷ Apenas para registrar, essa expressão remete a Eugen Ehrlich (1862-1923), jurista e sociólogo austríaco que também se firmou como um dos principais representantes da escola sociológica do Direito, por defender que a Ciência do Direito deve atender não apenas às *palavras*, mas, também, e especialmente, aos fatos a ele subjacentes, por meio do método indutivo, considerando que somente é possível penetrar na essência das coisas por meio da observação de fatos e da repetida experimentação

⁴⁵⁸ Que implica a ideia de intervenção ativa do Estado na promoção e na concretização dos direitos sociais que vai assumido com diferentes denominações, ora como *solidarismo* (para José Fernando de Castro Farias, in *A Origem do Direito de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 196 e s.), ora como *liberal socialismo* (na dicção de Miguel Realde, in *Nova Fase do Direito Moderno*. 2ª ed. São Paulo:

abandonando o paradigma *altruísta* para assumir, gradativamente, um viés de um olhar para a sociedade mas, ainda, sem considerações em torno da condição de pessoa humana e de sua dignidade imanente como seu fundamento último, mas como um *dever de assistência social*, em especial, a partir dos fins do século XIX, na medida em que, em face da fundamentação social da sociedade se solidifica a ideia de inexistência de um homem isolado, desenraizado e descontextualizado, bastante em si mesmo, quando, enfim, se vê superada a compreensão do homem como uma espécie de abstração metafísica, alheio àquele que, de fato, existe e é relacional. Só aí surgem as noções efetivas de *dever social* ou de *dívida social*.⁴⁵⁹

Para além disso, dentro da temática de reformulação do saber jurídico, bem observa José Fernando de Castro Farias⁴⁶⁰ que a ruptura com a Escola da Exegese - que descarta o voluntarismo jurídico - que via na lei não apenas a manifestação de vontade do legislador, mas, também, todo o matiz do Direito - colocou a necessidade de um novo “*referencial teórico e técnico, apto a servir como modelo de método de interpretação do Direito e diretiva de julgamento das práticas sociais*”, o que deu ensejo a reflexões em torno do Direito não apenas como *ciência*, mas, também, como *técnica* para apreender a experiência jurídica tanto como um *dado* e como um *construído*.

Inequivocamente, no âmbito do Direito, a irrupção do social acarreta uma paralela e gradual libertação e mesmo ruptura com a dogmática exegética - cada vez mais anacrônica e reduzida em termos hermenêuticos, na medida em que enclausurava o Direito numa visão unitária e formal do imaginário ou do fetiche rousseaniano da lei -; e, como sublinha José Fernando de Castro Farias⁴⁶¹, “*o discurso sobre o direito de solidariedade é sensível a essas transformações, no sentido de perceber os limites do conhecimento jurídico tradicional para dar conta dos novos dados da vida social. O discurso do direito de solidariedade espelha o reconhecimento da necessidade de reformulação desse saber jurídico, para melhor adaptação desse saber à conjuntura epistemológica e histórica da descoberta do social e das profundas transformações*

Saraiva, 1998, p. 188), ora como *liberalismo social* (expressão utilizada por José Guilherme Merquior, in *O Liberalismo: Antigo e Moderno*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991, pp. 151 e s.)

⁴⁵⁹ É nesse sentido que Proudhon, de quem acima falamos e cujo pensamento irá influenciar Karl Marx, preconizava uma filosofia política ligada ao cotidiano da vida, onde o mundo social é concebido no campo das ações múltiplas dos grupos. Por isso a afirmou como um ser vivo, dotado de inteligência de uma atividade própria, senão a solidariedade algo próprio dessa estrutura.

⁴⁶⁰ In *A Origem do Direito de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 95.

⁴⁶¹ In *A Origem do Direito de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.89.

econômicas, políticas e sociais, provocadas pela industrialização e pelo aprofundamento das conquistas democráticas na Europa no fim do século XIX”. Em certo sentido, sim, mas não estamos de acordo de que esse seja o fundamento último da solidariedade como adiante iremos explicar de modo mais aprofundado.

Por ora, importa sublinhar que nessa conjuntura de irrupção do espaço social, as teorias tradicionais do Direito (vinculadas à Escola da Exegese, esta marcada pelos postulados da Revolução Francesa e robustecida pelo *Code Civil Français* que, ao fim e ao cabo, veiculavam a ideologia e as bases da paz da sociedade burguesa) se mostravam anacrônicas e isoladas e não davam conta das mudanças sociais que exigiam novas práticas jurídicas.

Em tal cenário, a sacralidade da *lei*, como sinônimo de *Direito*, entrou definitivamente em crise ante a percepção de que o Direito era e é algo bem mais amplo que ela e que não se poderia prescindir de voltar os olhos à realidade social na sua conformação abstrata, nem dele extirpar, como elemento essencial, a justiça, o que reclamou romper, também, com o seu formalismo ou, ao menos reconhecer, ao lado da lei posta, outras fontes paralelas de Direito com o mesmo valor jurídico positivo, temática à qual retornaremos na segunda parte deste estudo.⁴⁶²

Foi justamente essa necessidade de construir um referencial teórico e técnico capaz de servir como modelo de método de interpretação do Direito e diretiva de julgamento das práticas sociais que conduziu François Géný⁴⁶³ (1861-1959) a propor duas formas procedimentais para compreender a experiência jurídica: a *ciência* e a *técnica*.

O procedimento científico, na proposta de François Géný, dizia respeito à constatação de dados e fatos; já o procedimento técnico estaria mais ligado à ideia de profissão, de técnicas de aplicação, reclamando esforço profissional. Com isso, ele demarcou dois domínios de elaboração jurídica.

Esses dois domínios diferem entre si pelos seus respectivos conteúdos e por suas distintas metodologias, e isso viria a repercutir na tarefa do jurisconsulto. Dessa perspectiva, François Géný, por meio do conceito de *livre pesquisa jurídica*, abriu um

⁴⁶² Apenas para registro e contextualização, o primeiro passo em direção à ruptura com a Escola da Exegese é dado no já na metade do século XIX, pela Escola Histórica Alemã de Savigny e Puchta. Porém, embora nela o Direito comece a ser visto como uma realidade espontânea, ele tende a se reduzir ao Direito dos juristas, sem a marca da interdisciplinaridade e intercalção. A ruptura com o modelo exegetico somente virá ao final do século XIX e início do século XX, por obra do pensamento desenvolvido por autores como Hering, Léon Duguit, Maurice Hauriou e outros, pugnando, sob outra racionalidade, por um novo saber jurídico que voltasse os olhos à realidade, sublinhando uma maior amplitude do Direito em relação à lei, destacando que o Direito é maior que a regra de Direito.

⁴⁶³ In *Science et Technique em Droit Privé Positif. Nouvelle Contribution à la Critique de la Méthode Juridique*. 1ª. Parte. Paris: Librairie de La Société Du Recueil Sirey, 1914, pp. 95-96.

caminho metodológico que impunha ao teórico e ao prático do Direito uma pesquisa análogo àquela elaborada pelo próprio legislador, pois os dois procedimentos tinham por finalidade a de melhor satisfazer a *justiça* e a *utilidade social*.

É que o próprio Direito, em François Géný, é formado de dois elementos fundamentais justapostos, que o Francês denomina o *dado* e o *construído*; o primeiro é aquilo que não é criado pelo legislador, mas, sim, elaborado pela própria existência humana, no seu fluxo natural. Assim, *cada obra legislativa está condicionada por uma série de fatores que se impõem tanto ao legislador quanto ao intérprete*. São níveis e situações econômicas, mesológicas⁴⁶⁴, históricas, culturais, demográficas, raciais, enfim, que orientam, em certo sentido, o trabalho científico daqueles que elaboram um texto ou o interpretam.

Valendo-se desses dados oferecidos pela natureza e pela experiência social é que o jurista irá construir o seu arcabouço de regras ou normas. A experiência jurídica, nessa linha de raciocínio, será baseada em fatos, que servem de matéria ao Direito, e nas próprias normas jurídicas, tornando-se, assim, uma experiência fática e normativa.

O jurista, nessa ambiência, já não desempenha um papel em que se limita a ser *la bouche de la loi*, como na formulação exegética; antes, ele cumpre um papel ativo no trabalho de dizer o Direito. Há, em verdade, um entrecruzamento - e não uma fusão - das tarefas legislativa e jurisdicional, porque remanesce entre elas diferenças importantes, uma vez que o legislador, como destaca José Fernando de Castro Farias⁴⁶⁵, *“se coloca diante de uma situação geral que ele regula de uma maneira abstrata, ao passo que o juiz decide diante dos casos particulares problemas absolutamente concretos, e, para escapar à arbitrariedade, é chamado a basear a sua decisão sobre elementos de ‘natureza objetiva’*. O que muda justamente é que a vontade do legislador, a lei, não pode, isoladamente dar a base objetiva na determinação do direito”.

Daí que a experiência jurídica, na proposição de François Géný, se torna uma atividade que se situa no entrecruzamento, em justaposição, entre o dado e o construído. Pelo dado, constata-se o que sai da sociedade; pelo construído, enfrenta-se a tarefa a realizar, partindo-se dos dados sociais adquiridos em face de sua posição dentro da ordem normativa.

Pelo que se pode observar, cuida-se de uma formulação em que não há síntese, pois François Géný não aponta um critério de juridicidade apto a fazer a articulação

⁴⁶⁴ Ciência que se dedica ao estudo das relações recíprocas entre o ambiente e os seres que nele vivem.

⁴⁶⁵ In *A Origem do Direito de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.98.

entre esses dois elementos que sinaliza como fundamentais do Direito (o dado e o construído).

São, precisamente, os juristas León Duguit e Maurice Hauriou que irão avançar nesse sentido, em busca de uma articulação ou de um critério de juridicidade sintético, aquele procurando o caminho do *direito objetivo*, e este formulando a *teoria da instituição*.

León Duguit (1859-1928), proeminente jurista francês, será outro a defender uma necessária aproximação entre o Direito e a Sociologia, sustentando, inclusive, que, cientificamente, o verdadeiro nome da Faculdade de Direito deveria ser *Faculdade de Ciências Sociais*⁴⁶⁶, pois aí residiria o seu papel intelectual e científico.

Conhecido como o fundador da “Escola de Serviço Público” ou “Escola de Bourdeux”⁴⁶⁷, León Duguit, em um primeiro momento buscando explicar o modo de formação dos grupos sociais, tenta desenvolver um método indutivo-experimental, baseado na observação, em abandono a todo o pensamento metafísico “*a priori*”, partindo de uma *visão organicista e evolucionista tanto do Direito quanto da Sociedade*, observando que, assim como a Economia e a Política, o Direito constitui uma das partes que compõe a Sociologia⁴⁶⁸. Não é algo que encontra sua justificativa, portanto, no homem, mas na sociedade.

Num segundo momento, León Duguit irá recorrer ao pensamento de Émile Durkheim, resgatando o seu conceito de *solidariedade social* (em suas versões mecânica e orgânica) e sua proposta de *complementaridade e interdisciplinaridade entre a Sociologia e o Direito* (que não podia mais prescindir de albergar, em seu bojo, elementos da realidade social), na perspectiva de que *o Direito, a exemplo dos fenômenos econômicos e políticos, era também um fenômeno social*.

Assente que a proposta liberal, em face da realidade e das profundas mudanças sociais ocorridas no final do século XIX já não mais oferecia resposta adequada à realidade social concreta, León Duguit funda sua teoria solidarista justamente com

⁴⁶⁶ Postura que o autor adotou in *Le Droit Constitutionnel et la Sociologie*. Paris: Armand Colin et Cie. Editeurs, 1889, p.4, também publicada sob forma de artigo com o mesmo título pela *Revue Internationale de l'Enseignement*, de 15/11/1889.

⁴⁶⁷ Temática que não fará parte de nossa investigação, bastando registrar que compreendeu toda a atuação das entidades públicas como um “serviço”.

⁴⁶⁸ In *Le Droit Constitutionnel et la Sociologie*. Paris: Armand Colin et Cie. Editeurs, 1889, pp.17-20. Ao lado da ciência social, o jurista francês enxerga também uma espécie de “arte social” e esta determinará os procedimentos a serem seguidos para assegurar o desenvolvimento das sociedades em melhores condições. A Política é, segundo o autor, uma arte da Ciência do Direito Constitucional e o homem político seria tipo de *médico* do corpo social, incumbido de adotar as medidas a garantir o desenvolvimento das sociedades que se acha sob constantes mudanças.

amparo nas ideias do sociólogo Émile Durkheim; ele irá sustentar a existência da “regra de direito construtiva” que, em sua leitura, nada mais é do que *a constatação de uma regra de direito já existente n’algum lugar (“a regra de direito normativa”) e em algum momento marcado pela consciência dos indivíduos que integram uma determinada sociedade, que deve observar e respeitar as regras da solidariedade social*. Com efeito, o jurista de Bordeaux compreendia que o essencial, no Direito, não estava propriamente no ato de legislar, tampouco na jurisprudência ou na sua aplicação, mas na própria sociedade. Para Duguit, dando ênfase às fontes materiais (os fatos sociais), “*não é o legislador que faz o direito; o direito existe fora de toda lei escrita; o legislador o constata e sua missão é redigir leis escritas que respondem às necessidades sociais de sua época, sem princípios ‘a priori’ e programas preconcebidos*”.⁴⁶⁹

E, considerando que o legislador apenas constata os fatos sociais (e toda a lei que contraria as tendências sociais é, a seu ver, arbitrária), Duguit promove a articulação entre tais fatos e a norma jurídica por meio do que chamou de “*regra de direito normativa*” que, no seu entender, não se confunde com o Direito Natural⁴⁷⁰, porquanto ela tem lugar no Direito Positivo, inscrevendo-se, portanto, no quadro da positividade jurídica.

A “*regra de direito normativa*” (ou norma jurídica), no entender de Duguit, é aquela “*que impõe a todo homem vivo em sociedade uma abstenção ou uma certa ação*”⁴⁷¹, constituindo, bem por isso, o fundamento da positividade do Direito; nela, o fato social é tomado no seu estado de positividade jurídica. O legislador transforma essa positividade em norma jurídica escrita, consoante ditam os fatos sociais. Já o jurista desempenha outro papel, que não se circunscreve à aplicação da norma jurídica, produto

⁴⁶⁹ In *Traité de Droit Constitutionnel*. T. I, 3ª ed. Paris: A.Fontemoing Éditeurs, 1927, p.160.

⁴⁷⁰ Aliás, a cultura epistemológica do final do século XIX e início do século XX é marcada pela impossibilidade lógica do Direito Natural, seja no paradigma clássico, seja no paradigma moderno. Doravante, não se encontrará mais a referência do Direito na natureza, tampouco se pode conceber uma imutabilidade e uma universalidade de um Direito Natural fundado em uma ordem transcendente. Dali para frente, impunha-se inverter essa lógica, primeiro observando os fatos, para depois submetê-los à razão, à justiça e ao ideal. Como observa José Fernando de Castro Farias (in *A Origem do Direito de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.110), “*na medida em que fato social é pensado a partir de uma experiência jurídica imanente, era preciso evitar toda a relação de exterioridade e colocar em evidência o descrédito no subjetivismo jurídico, que tomava a experiência jurídica pelos direitos individuais inatos decorrentes da natureza da razão humana*”. O homem natural de Boécio, Hobbes, Locke, Rousseau e outros, à altura, já não existe mais, pois o homem nasce membro de uma coletividade, sempre viveu e só pode viver em sociedade, de modo que esse é o homem que deve ser o ponto de partida de toda doutrina em torno do fundamento do Direito, ou seja, o indivíduo tomado dentro do laço de solidariedade social, como defendeu Léon Duguit (In *Traité de Droit Constitutionnel*. T. I, 3ª ed. Paris: A.Fontemoing Éditeurs, 1927, p.210).

⁴⁷¹ In *Traité de Droit Constitutionnel*. T. I, 3ª ed. Paris: A.Fontemoing Éditeurs, 1927, p.106.

da consciência social vertida em lei escrita pelo legislador, na medida em que, pelo emprego de um método ao mesmo tempo psicológico, moral, econômico, sociológico e material, descobrindo a verdadeira regra de direito, ele pode e deve contribuir para formar um certo estado de consciência.⁴⁷²

Duguit, portanto, elabora a classificação das normas jurídicas em “*regras de direito normativas*” e “*regra de direito construtivas*”, visualizando-as segundo procedimentos técnicos distintos, por meio dos quais o Direito transforma em regras claras as diretivas da política jurídica. Já bem distante da proposta de identificar Direito com a lei ou de reduzi-lo à norma jurídica posta pelo Estado, a proposta de Duguit, com sua “*regra de direito normativa*”, reporta-se à *massa da consciência que os indivíduos se fazem da solidariedade social*, pois ela é, como bem observou José Fernando de Castro Farias⁴⁷³, anterior ao Estado, e “*faz parte do bloco de positividade, do direito positivo*”, à medida que a “*regra de direito construtiva*” limita-se a constatá-la. Desse modo, uma *norma social assume contornos de norma jurídica* desde o momento em que *os indivíduos tomam consciência de que os atos devem ser de acordo com a disciplina social*, determinados pela solidariedade social.⁴⁷⁴

Nessa conformação, o Direito é visto como situado num espaço histórico-social, um espaço ao mesmo tempo individual e social, que supera as clivagens tradicionais entre o determinismo e a liberdade; entre o fato e o valor; entre o sujeito e o objeto, entre o *ser* e o *dever-ser*, entre a ordem e a desordem, como também enfatiza José Fernando de Castro Farias.⁴⁷⁵ Segundo essa forma de pensar a experiência jurídica - que tem por característica pensar o Direito como parte de um todo social -, os valores sociais e morais não são procurados no além (transcendente), no cosmo, numa entidade estatal ou numa natureza abstrata; antes, são buscados no mundo em que vivemos e as reflexões metafísicas são pensadas como imanentes, porque a experiência jurídica pensa a coletividade como comunidade ativa, que tem uma *obra a construir*, algo em comum a realizar no meio social e, nesse cenário, o Direito já não pode mais ser pensado fora do espaço social.

Com Duguit, o solidarismo passa a ser o conceito que substituirá, em seu discurso, o de soberania; suas ideias constituirão uma revolução para os fundamentos do Direito

⁴⁷² In *Traité de Droit Constitutionnel*. T. I, 3ª ed. Paris: A.Fontemoing Éditeurs, 1927, p.161.

⁴⁷³ In *A Origem do Direito de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.102.

⁴⁷⁴ CASTRO FARIAS, José Fernando de. In *A Origem do Direito de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.102.

⁴⁷⁵ In *A Origem do Direito de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.82.

Público, pois serão portadoras de uma nova concepção do próprio Direito, é dizer, como ciência e como técnica, baseada na realidade social, que irá consagrar outra ideia de *Estado Social*, fulcrado na intercalção do jurídico com o social, circunstância que ainda se mantém bem presente nos quadros teóricos e práticos dos dias atuais, mas que, nem pelo seu avanço, se pode entender como fundada numa adequada postura e fundamento personalista, pois desconsidera a centralidade da pessoa - que não pode abrir mão de sua dimensão individual - na formulação de seu modelo jurídico-político. Verifica-se, contudo, enorme avanço no que respeita a compreensão do Direito.

Aliás, tais desenvolvimentos bem podem ser compreendidos como o ponto culminante de ruptura com a Escola da Exegese e seu formalismo jurídico, a partir da compreensão do Direito já não como sinônimo de lei posta pelo Estado, mas como um processo de integração social, pois, na postura assumida pelo jurista de Bordeaux, já existe *regra de direito* quando a massa de indivíduos que integram um grupo compreende e admite uma reação contra os violadores das regras sociais, bem como admitem que essa reação pode ser socialmente organizada, sendo este, precisamente, o raciocínio que torna jurídica a regra social, raciocínio, destarte, atrelado ao crescimento da solidariedade social. Todavia, sublinhe-se: essa teoria ainda não tem a pessoa individualmente pensada como sua centralidade e nem a ele vincula o Direito, seus elementos intrínsecos inarredáveis, e nem os seus fins.

A “*regra de direito normativa*” de Duguit, que emerge do fato social, é uma *diretiva*; uma espécie de referência de conduta. Não se trata de uma ordem formulada por uma vontade transcendente que tenha como destinatários vontades subordinadas. Mas é uma regra imperativa de uma forma imanente do indivíduo; “*é o estatuto social que liga necessariamente todos os indivíduos membros do grupo, e, por consequência, é a condição mesma da manutenção da vida social*”⁴⁷⁶. Entretanto, Duguit ainda nada diz sob o enfoque ou sob o fundamento da própria pessoa humana e imanente dignidade, ou seja, ainda não situa a solidariedade como algo interno dessa mesma pessoa humana e de sua dignidade imanente. A solidariedade por ele pensada como uma regra imperativa, dependente de autovinculação, por meio do Direito, a partir do fato social e de uma consciência dos indivíduos em torno da sociabilidade humana e mesmo de existência de regras como condição de manutenção da vida social.

⁴⁷⁶ CASTRO FARIAS, José Fernando de. In *A Origem do Direito de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, pp.102-103.

Diz o Jurista Francês que os indivíduos têm uma consciência mais ou menos clara dessa regra e uma nítida noção de que o grupo social irá reagir contra quem violá-la, organizando outras normas para garantir direta ou indiretamente a execução da “*regra de direito normativa*”. Essas regras são justamente criadas para garantir a execução da “*regra de direito normativa*”, e León Duguit irá denominá-las “*regras de direito construtivas*”, também designadas como *técnica*.

Por qualquer lado que se analise a articulação entre fato e norma, em Duguit, vemos a vantagem do reconhecimento de que as “*regras de direito construtivas*” não adquirem caráter imperativo ou cogência diretamente do Estado, por meio da lei positiva. Sua obrigatoriedade também não advém do cosmo, de Deus, nem da natureza, nem da razão, tampouco de qualquer vontade estatal ou mesmo do medo de uma sanção; antes, ela emana de uma *força anterior*, que repousa na “*regra de direito normativa*” que decorre, no entanto, imediatamente, do fato social (e não da condição de pessoa humana), *onde se acham latentes as normas da solidariedade social, que já possuem em si um caráter de coação social antes mesmo de se tornarem jurídicas*; o que determina, no entanto, o seu imperativo jurídico ou positividade jurídica é a aceitação, pelos indivíduos, de que determinada norma social deve ser organizada e sancionada pela sociedade (isso representa o assentimento e a conscientização da massa das consciências individuais sobre a necessidade de reação social contra aqueles que violam a disciplina social que fazem tanto da regra moral como econômica uma regra de direito).

Bem examinado, a força obrigatória da norma jurídica reside, na teoria do Jurista de Bordeaux, no estado de consciência Jurídica da massa de indivíduos. Cuida-se de um estado de consciência da solidariedade social que acaba por se tornar a própria essência do Direito. A “*regra de direito normativa*”, na formulação de Duguit, constitui, ao mesmo tempo, o núcleo axiológico (ligado a valores) e normativo em torno do qual gira todo o sistema jurídico, porque, nela, o Direito tem um fundamento social e, concomitantemente, humano. Sua obrigatoriedade decorre da própria coação social, postura que vai especialmente nos interessar, por ocasião da abordagem em torno da condição de pessoa e sua dignidade inviolável, seus elementos e os fins e fundamentos do Direito e de toda a sociedade política, pois, em boa medida, podemos extrair, dos desenvolvimentos de Duguit, um Direito precedente indissociável da ideia de justiça e, por conseguinte, de uma de suas maneiras de se expressar, qual seja, a solidariedade.

Tudo isso referendado pela postura de León Duguit, ao concluir que todo o Direito emanado do Estado, toda lei positiva, todo costume, toda jurisprudência, todas as

convenções coletivas de trabalho, todas as convenções internacionais, assim como todo o direito estatutário, não criam Direito algum; constituem meros procedimentos técnicos de constatação aptos a realizá-lo, organizá-lo e anunciá-lo, pois ele está na “*regra de direito normativa*”, que ao legislador cumpre apenas reconhecer e sancionar.

Nessa construção, o Jurista Francês também extrai uma noção de *direito objetivo*, que não vislumbra como uma simples construção das regras espontâneas, mas, também, como resultado de uma regra de julgamento, “*um procedimento técnico por meio do qual o Direito transforma em regras claras as diretivas da política do direito*”.⁴⁷⁷

León Duguit almeja superar o dualismo entre Direito Natural e Direito Positivo, tomando-os como parte de um único sistema jurídico, defendendo que eles possuem, à guisa da construção supra, o mesmo objetivo, o mesmo fundamento, a mesma essência e o mesmo objeto e que, portanto, existe apenas um Direito com origem nos mesmos valores sociais objetivos. Se o Direito preserva uma autonomia em relação à Moral, em Duguit essa autonomia é apenas relativa, pois eles possuem, a seu ver, a mesma base e a mesma finalidade, qual seja, a realização de valores humanos objetivos.

Também Maurice Hauriou (1856-1929), fundador da “Escola de Toulouse”, será um importante defensor da ideia de que *nem todo Direito está encerrado na legalidade*, até porque tanto o Direito como a Jurisprudência são por ele compreendidos como reveladores da verdade social, criadores da ordem social e de justiça⁴⁷⁸. Na Jurisprudência, a lei escrita e o juiz encontram uma síntese ou ajustamento entre o racional e o real, à vista de considerações pragmáticas do caso concreto, admitindo, portanto, um *voluntarismo jurídico* que seria impensável na Escola da Exegese.

Em verdade, a crise que colocou em xeque a divinização da lei, como bem observa José Fernando de Castro Farias⁴⁷⁹, “só apresenta gravidade para aqueles que haviam atribuído um caráter superior à lei; a crise somente remete a lei para o seu lugar; ela lhe atribui uma função que é a de controlar e equilibrar, através de regras de direito certas e gerais, a jurisprudência discricionária que é incerta e particular; a lei não é tudo no Direito; ela é apenas um dos fatores de equilíbrio do Direito”.

⁴⁷⁷ CASTRO FARIAS, José Fernando de. In *A Origem do Direito de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.105.

⁴⁷⁸ Para Maurice Hauriou, as fontes formais do Direito, em particular, a lei, não criavam propriamente o Direito, apenas o constavam e serviam como formas de controle e limites da discricionariedade judicial (in *Leçons sur Le Mouvement Social*. Paris: Librairie de la Société du Recueil Général lès Lois des Arrêts. Larose, 1899, pp. 139-140).

⁴⁷⁹ In *A Origem do Direito de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.95.

Essa crise, como sublinha o mesmo autor, não representou uma readaptação do discurso liberal sobre o Estado e o Direito; ela importou em “*mudanças estruturais da esfera pública*”⁴⁸⁰, que implicaram uma “*redefinição do espaço público correspondente ao nascimento de uma nova positividade político-jurídica: a do Estado de Solidariedade*”, embora, a nosso juízo, ainda não fulcrado numa epistemologia antropológico-personalista.

Maurice Hauriou também buscou um critério de juridicidade para a articulação entre o dado e o construído visualizado por François Gény. Para tanto, ele retomou as noções de *standard* e *diretiva* que haviam sido desenvolvidas por Roscoe Pound - então Diretor da Faculdade de Direito de Harvard - como sinônimos.

O Jurista de Toulouse vai, inicialmente, distinguir o sentido desses vocábulos, para dizer que o *standard* precede à *diretiva* e é justamente o que permite encontrá-la. O *standard*, conforme Maurice Hauriou⁴⁸¹ “*é um procedimento que coloca em questão todos os dados do problema jurídico que se tem para resolver, ou seja, ele é um método de interpretação. Já a diretiva é a solução da interpretação do problema jurídico colocado em equação por um standard*”.

Hauriou irá destacar dois tipos de *Standards*: o de racionalidade e o de oportunidade. O primeiro, o *standard racional*, intenta estabelecer um equilíbrio entre dois interesses, chamando, para tanto, a intervir na decisão, um terceiro interesse que é, precisamente, o *interesse social*. Este exigirá do juiz considerações de ordem econômico-política e uma racionalidade que lhe permita a aplicação de um termo médio de conduta social; tais pressupostos repousam nas noções de equilíbrio social e de moralidade, para o que a lógica de um método puramente legal se tornara insuficiente.

Já o *standard de oportunidade* tem por objetivo a conduta prudente de quem impõe uma restrição, admitindo aí um caráter mais ou menos relativo desse padrão quanto ao tempo e o lugar.

Os *Standards*, assim postos, configuram um procedimento de autolimitação do poder (pelo equilíbrio da razão), como de autorreferência do sistema jurídico-político (pelo sentimento de moderação no uso do poder). Por isso irá defender que no Direito há dois domínios: o da *regra de direito* e o do *standard-diretiva*, o primeiro dominado pela necessidade de estabilidade das relações jurídicas (que exige que o poder seja vinculado a regras que lhe são anteriores); e o segundo, comportando mobilidade,

⁴⁸⁰ In *A Origem do Direito de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.91.

⁴⁸¹ *Police Juridique et Fond du Droit*. In *Aux Sources du Droit*. Paris: Librairie Bloud & Gay, 1933, publicado na Revue Trimestrielle de Droit Civil, p.150.

flexibilidade e adaptabilidade nas práticas de julgamento (internos ao poder que julga), com o que *coloca em evidência que o Direito não se circunscreve à lei*, sempre conferindo certo *poder discricionário* aos seus aplicadores.

Enquanto León Duguit buscou superar o dualismo entre o Direito Natural e o Direito Positivo, Maurice Hauriou se ocupou em renovar o Direito Natural estabelecendo como sua referência objetiva à espécie humana. Observe-se que não se trata aqui de uma busca a partir da natureza humana, mas a partir da “*condição humana, em que o autor considera especificamente três elementos: a espécie humana, a sociedade e o indivíduo*”⁴⁸². Hauriou pretendeu dar uma configuração objetiva ao Direito Natural, promovendo por meio dele uma articulação entre a Moral, a Justiça e a Ordem Social. Sob o impacto da Primeira Guerra Mundial, almejou conferir ao Direito Natural um duplo papel, quais sejam, o de realizar justiça e o de manter a coesão da ordem social, como uma espécie de garantia do Estado de Direito, tomando como *oposição a toda ideia que tentasse reduzir o Direito à força, preconizando a existência de um ideal de justiça universal e imutável*, em face do qual *o Direito jamais poderia ser identificado com a força*.⁴⁸³

Para Maurice Hauriou, a “*regra de direito normativa*” de Duguit, que, em suma, equivalia à conscientização dos indivíduos, representava o mais alto grau de qualidade da experiência jurídica, sendo, por isso, a medida que determina o estado de legitimidade de um sistema jurídico-político, bem assim o nível de articulação entre o conteúdo social e o imperativo jurídico, sendo, também, o que é chamado a dar um sentido à experiência jurídica baseada na solidariedade.

Partindo desse pressuposto, Hauriou acredita que o Direito deva direcionar os indivíduos para uma certa ação. Ele é o estatuto social que liga, necessariamente, os indivíduos de uma mesma sociedade: o Direito é condição de existência da vida social. Se os indivíduos, porventura, não têm plena consciência disso, eles, pelo menos, assim intuem.

Defensor do *pluralismo jurídico* (que descarta o dogma da lei como fonte suprema do Direito Positivo), Maurice Hauriou é um dos fundadores do institucionalismo de matriz orgânica, e considera o Direito como manifestação normativa da instituição. Para o Jurista em liça, *o fundamento do jurídico e do social está nas instituições, estas*

⁴⁸² *Le Droit Naturel et l'Allemagne*. In *Aux Sources du Droit, le Pouvoir, l'Ordre et la Liberté*. Paris: Librairie Bloud & Gay, 1933, p.13.

⁴⁸³ Conforme lição de José Fernando de Castro Faria (in *A Origem do Direito de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, 116).

compreendidas como organizações sociais, subsistentes e autônomas. A regra de direito exprime, em seu conteúdo, a disciplina da instituição e é sancionada por essa mesma disciplina.

Assim, a regra de direito beneficia a autoridade da instituição enquanto coletivamente *organizada, posição que rechaça toda abordagem que vê no Estado o monopólio da criação do Direito.* As instituições espalhadas pela sociedade se tornam sujeitos de direito em concorrência com o Estado, porquanto, em sua lógica, Hauriou estabelece uma nova relação entre o indivíduo e o grupo.

As instituições é que criam, no imaginário de Maurice Hauriou, as regras do Direito, substancialmente marcadas pela presença dos seguintes elementos: a) uma ideia de empresa; b) a organização de um poder que realizaria e concretizaria a ideia de empreendimento; e, c) a produção de manifestações de comunhão entre os membros do grupo.

Elas são, por outro lado, resultado de três forças: a liberdade, o poder e a ideia. Maurice Hauriou tributa a formação das instituições ao poder, mas este, a seu ver, sempre abre espaço, de algum modo, a alguma forma de consentimento, e se a pressão que esse poder exerce não se impõe de forma violenta, o consentimento dado pelo sujeito é válido.

Hauriou considera a instituição, concomitantemente, como fato e como Direito. É por meio dela que ele faz a passagem do estado de fato para o estado de direito. Esta transformação constitui um processo de criação de um projeto coletivo a ser realizado no meio social e ele encontra seu suporte num sistema de equilíbrios objetivos postos a serviço do projeto (a ideia de obra a construir).

Em sua teoria, Maurice Hauriou⁴⁸⁴ compreende que *não se pode relegar para fora do Direito os fundamentos do próprio Direito*, e considera a instituição uma realidade dinâmica que não exclui nem a permanência nem a estabilidade, mas, também, não se insere num quadro de rigidez. Como fato jurídico, ela pode durar indefinidamente, porém, por outro lado, ela precisa estar em relação com o conjunto das coisas sociais, pois elas evoluem seguindo as exigências dos fatos.

Ele a vê como um triunfo do Direito sobre a força, porque não acredita que aquela instituição que se mantém em paz por longo tempo logre assim manter-se exclusivamente pela força; antes, essa manutenção se dá pela *adesão livre das*

⁴⁸⁴ *In Théorie de l'Institution et de La Fondation (Essai de Vitalisme Social). La Cité Moderne et lès Transformations du Droit, Cahier de La Nouvelle Journée, n° 4. Paris: Librairie Bloud & Gay, 1925, p. 9.*

consciências, bem como pelo fato de não estar em desacordo com o sentimento de direito que os indivíduos têm, tampouco com suas tendências morais.

Assim, o Jurista de Toulouse procede a uma articulação entre Justiça e Direito de uma maneira prática, pois liga aquela a uma organização determinada ao mesmo tempo pelo fato e pelo Direito, onde vislumbra a adesão do indivíduo à instituição, sem que haja supressão das consciências individuais.

Ao mesmo tempo em que a instituição se converte em estado de direito ela é também fonte do Direito, pois a disciplina por meio da qual ela subsiste toma característica jurídica. Uma instituição é, em suma, uma ideia de obra ou de empresa que se realiza e dura juridicamente num meio social; para a realização dessa ideia organiza-se um poder que lhe tenta encontrar órgãos; por outro lado, entre os membros do grupo social interessado na realização da ideia, produzem-se manifestações de comunhão.

Em termos de afirmação histórica do princípio da solidariedade, importa reter, da perspectiva institucionalista em análise, que a sociedade também não é tida como a soma de todas as células individuais, mas como algo que vai além da simples totalidade dos indivíduos que a compõem, seja *a consciência colectiva* ou *a ideia objectiva concebida pelas consciências individuais*, mas que as ultrapassa. A instituição é uma organização social criada por um poder que dura porque contém uma ideia fundamental aceita, por adesão, pela maioria dos membros do grupo. Isso ocorre porque existe, segundo Maurice Hauriou, uma *ideia diretriz*, uma *ideia força* (alheia ao Direito), que produz *um fenômeno de interpenetração das consciências individuais*, até porque são as consciências individuais que se pensam umas às outras e que, assim, se possuem umas às outras.

Sem prejuízo de Hauriou sustentar que o fundamento do jurídico e do social está nas instituições, rechaçando, com essa postura, toda abordagem que vê no Estado o monopólio da criação do Direito; de defender o triunfo do Direito sobre a força (não é dele que vem propriamente a coerção); de preconizar que não se pode relegar para fora do Direito os fundamentos do próprio Direito; de argumentar que as instituições é que criam as regras do Direito, substancialmente marcadas pela presença da ideia de empresa, de organização de um poder que realizaria e concretizaria a ideia de empreendimento; de produção de manifestações de comunhão entre os membros do grupo, como resultado das forças da liberdade, de poder e de ideia, também não levou em linha de consideração uma adequada ideia de pessoa humana e sua dignidade;

também não fez, com base nela, uma leitura acertada de liberdade, dos fundamentos do Direito e seus elementos essenciais e seus fins, e, por conseguinte, não realizou uma abordagem da solidariedade ajustada a esses conceitos.

Feito o delineamento sociológico e sua pretensão comum, em todos os pensadores analisados, de situar a Sociologia como apta a superar a dicotomia entre o *ser* e o *dever-ser*, e seu mérito de aproximar o Direito da realidade social, não há negar, à vista da crítica acima - inclusive verificando-se em tais desenvolvimentos uma hipostasiação de uma personificação instrumental - o seu distanciamento de sua perspectiva verdadeiramente solidarista que não se pode extrair fora da ideia da condição de pessoa e alheia aos elementos que compõem, minimamente, esse conceito, e a adjetivação de humanidade como algo que integre a própria condição humana.

Se, de um lado ela assimilou bem a dimensão social do ser humano, para assentar que o homem nasce em meio a uma coletividade, nela vive necessariamente e só pode nesse ambiente ser compreendido, essa visão solidarista passa longe de explicar a singularidade do ser único e irrepetível; ela ignora que antes de pertencer à sociedade, o homem pertence a si próprio, sendo-lhe própria a liberdade inclusive para ser diferente.

No âmbito do Direito, se ela é pródiga em libertá-lo do dogma da lei e do monopólio da emanção estatal, para afirmar a precedência do Direito em relação ao Estado, ela também exagera, porque coloca todo o seu conteúdo na esfera de decisão ou de disponibilidade de uma sociedade, ou seja, conforme for a consciência Jurídica social, qualquer fato, independente do seu conteúdo (inclusive injusto) pode ser concebido como Direito válido, desde que aceito no meio social. Considere-se, por exemplo, a circuncisão, costume recorrente nas sociedades orientais.

Vencida essa etapa de construção da ideia da solidariedade pela via da Sociologia Jurídica, mas ainda no quadro de reação ao individualismo liberal e de emergência do social, não se pode olvidar o papel decisivo da Igreja, não apenas com críticas acirradas, denunciando os erros e as injustiças da sociedade liberal, pelas nocividades produzidas no bojo social, mas, ao mesmo tempo, condenando os movimentos socialistas e comunistas⁴⁸⁵, preconizando que os mesmo diluíam o indivíduo no Estado, aniquilando a dignidade humana. A esse tema nos dedicaremos no capítulo seguinte.

⁴⁸⁵ Para maiores aprofundamentos sobre essas críticas, vide o apurado estudo realizado por Paulo Otero (in *Insituições Políticas e Constitucionais*, pp.290-302).

CAPÍTULO 9 - O papel da Igreja na construção do discurso solidarista

A Igreja teve um papel de destaque no processo de afirmação da solidariedade bem como na construção, não sem críticas, de uma ideia de “bem comum”.

Desde logo, para os fins desta investigação, no objetivo da Igreja de equacionar o problema da questão social, coloca-se a Carta Encíclica *Rerum Novarum*, de 15 de maio de 1891, da lavra do Papa Leão XIII (1878-1903), compreendida como o *estatuto da questão social da modernidade*, consignando uma insurgência contra a exploração da classe operária e contra a pobreza oriunda do liberalismo, condenando, ao mesmo tempo, os postulados socialistas de abolição da propriedade privada, inaugurando uma nova fase da Igreja, substancialmente comprometida com a questão social, por defender um modelo de cooperação e de concórdia. Não por acaso ela foi designada “*Das coisas novas*”.

O Sumo Pontífice, na aludida Encíclica, acentua o dever de caridade cristã de partilha do supérfluo com os pobres. Quando trata do uso das riquezas, é incisivo: “Ninguém certamente é obrigado a aliviar o próximo privando-se do seu necessário ou do de sua família; nem mesmo a nada suprimir do que as conveniências ou decência impõem à sua pessoa. Ninguém, com efeito, deve viver contrariamente às conveniências. Mas, desde que haja suficientemente satisfeito à necessidade e ao decoro, é um dever lançar o supérfluo no seio dos pobres: do supérfluo dai esmolas. É um dever, não de estrita justiça, excepto nos casos de extrema necessidade, mas de caridade cristã, um dever, por consequência, cujo cumprimento se não pode conseguir pelas vias da justiça humana. Mas, acima dos juízos do homem e das leis, há a lei e o juízo de Jesus Cristo, nosso Deus, que nos persuade de todas as maneiras a dar habitualmente esmola: É mais feliz, diz Ele, aquele que dá do que aquele que recebe, e o Senhor terá como dada ou recusada a Si mesmo a esmola que se haja dado ou recusado aos pobres: Todas as vezes que tendes dado esmola, a um de Meus irmãos, é a Mim que a haveis dado. Eis, aliás, em algumas palavras, o resumo desta doutrina: Quem quer que tenha recebido da divina Bondade maior abundância, quer de bens externos e do corpo, quer de bens da alma, recebeu-os com o fim de os fazer servir ao seu próprio aperfeiçoamento, e, ao mesmo tempo, como ministro da Providência, ao alívio dos outros. E por isso, que quem tiver o talento da palavra tome cuidado em se não calar; quem possuir superabundância de bens, não deixe a misericórdia intumecer-se no fundo

do seu coração; quem tiver a arte de governar, aplique-se com cuidado a partilhar com seu irmão o seu exercício e os seus frutos”.⁴⁸⁶

Essa ideia - à qual retornaremos na segunda parte desta investigação, a propósito de abordar a qualidade de pessoa humana, dignidade humana, bem comum, solidariedade, Direito, Estado -, é importante por consagrar a ideia de *dever*, ainda que com fundamento na caridade; por sustentar o compartilhamento, pelos seres humanos, de uma mesma humanidade e por impelir, enfim, reflexões bem mais profundas.

A Carta Encíclica em testilha, como um todo, dá ênfase ao bem-estar da sociedade, colocando o homem como causa e razão de toda autoridade, que só se mostra legítima se exercida com essa finalidade, guiando-se pelas leis da *Justiça Distributiva*.

Na *questão social*, ela vai dizer que a nenhuma autoridade se mostra legítimo e justo ser *neutra*, vivificando-se, neste aspecto, uma espécie de exercício coletivo da razão prática kantiana (o certo vem antes do bom), significando que a dignidade implica direitos e *deveres autônomos*, embora diverjamos da postura de centrar na Igreja e no Estado a dicção do “bem comum”.

Sem embargo da crítica, pelo desvirtuamento de um personalismo adequado, a postura da Igreja que se depreende da Encíclica não descarta de uma dimensão necessária e prioritária individual da dignidade humana, quando fala em um dever de caridade para com os outros, *na medida em que a pessoa não coloque em risco as suas próprias necessidades*, sua existência digna e de sua família, ao mesmo tempo em que situa a propriedade como um direito natural do homem, ao ponto de reputá-la *inviolável*, inserindo, aí, o elemento “subsidiariedade”.

Ao depois, Leão XIII consagra-se pelo mérito de repudiar as teorias contratualistas, ao afirmar *o homem como anterior ao Estado*; sustentar a existência de certos *direitos e deveres anteriores e absolutamente independentes do Estado* - equivale a dizer, com origem em outras fontes -, universais, imutáveis, atemporais, como pensados por tantos filósofos desde a Antiguidade, como por alguns sociólogos, conforme já vimos, decorrentes da natureza humana ou da condição, e coloca, ainda, *esses deveres como parte da realização da dignidade da própria pessoa* - quem dá ao outro dá, em boa verdade, a si mesmo e isso ainda é liberdade -, a par de situar o Estado como último garante do *bem-estar*, enfatizando o acima referido princípio da subsidiariedade⁴⁸⁷, pois

⁴⁸⁶ *Carta Encíclica Rerum Novarum*. Sua Santidade Papa Leão XIII, in http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html, acesso em 17/01/2013.

⁴⁸⁷ Que será objeto de análise na segunda parte deste estudo.

nele enxerga a prioridade e a potencialidade de auxílio das famílias, deslegitimando a *atuação paternalista*, substitutiva da providência paterna, demonstrando uma valorização não só da família; ou seja, deixa claro que a questão social não é uma questão da Igreja, da Sociedade e do Estado, mas é uma questão do homem e que antes de um ser político, isto é, antes de sua dimensão coletiva, o homem pertence a um grupo social, à família e a si mesmo.

A *Rerum Novarum* tornou-se a Lei Fundamental da Doutrina Social da Igreja Católica, sem prejuízo de outras Encíclicas supervenientes que, pontualmente, reforçaram a defesa dos direitos sociais, sobretudo, a *Carta Encíclica Quadragésimo Ano*⁴⁸⁸, de 15 de maio de 1931, da lavra de Papa Pio XI, em comemoração ao aniversário dos 40 anos da anterior mencionada.

Nela, o Papa Pio XI não se limita a reafirmar a postura da Igreja na defesa da questão social, proclamando a política de *não-exclusão*, a liberdade de associação e a defesa do corporativismo orgânico e social; ele sublinha que *o socialismo não concretiza em nada a dignidade humana*, porque *é dever do homem atender não só ao interesse próprio, mas, também, ao bem comum*, pugnando, assim, a exemplo do Papa Leão XIII, pelo *caráter subsidiário* da intervenção estatal na esfera pessoal do indivíduo, proclamando a liberdade de associação e a defesa do corporativismo orgânico e social. Em síntese, uma oposição ao socialismo marxista, que pregava a intervenção corretiva do Estado na organização econômica e social, no intuito de equilibrar as forças dos fracos e oprimidos com as forças dos fortes, para que aqueles pudessem eles mesmos lutar.

Na Carta Encíclica *Pacem in Terris*, de 11 de abril de 1963, da lavra do Sumo Pontífice João XXIII, o *bem-estar* é reafirmado como fundante da Doutrina Social da Igreja. Daí para frente, a Justiça Social, estruturante dessa Doutrina Social, é postulada como uma questão da humanidade, um problema de dimensões mundiais, aclamando a necessidade de um desenvolvimento solidário; a problemática da questão social, da valorização do homem e de sua dignidade, *em sua dimensão individual e social*, bem como a centralidade da pessoa humana como princípio, sujeito e fim de todas as instituições, foram sendo reiteradas sob diferentes enfoques, mas nunca se distanciando dessas premissas.

⁴⁸⁸ *Carta Encíclica Quadragésimo Ano*. Sua Santidade Papa Pio XI. http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno_po.html, acesso em 17/01/2013.

Essa mesma postura se pode extrair das Cartas Encíclicas *Mater e Magistra* e *Pacem in Terris*, do Sumo Pontífice João XXIII; das Cartas Encíclicas *Dignitatis Humanae*, *Populorum Progressio*, *Octogésima Adveniens*, e da Constituição Pastoral *Gaudium et Spes*, do Sumo Pontífice Paulo VI; das Cartas Encíclicas *Redemptor Hominis*, *Laborem Exercens*, *Sollicitudo Rei Socialis*, *Centesimus Annus*, *Veritas Splendor* e *Evangelium Vitae*, do Sumo Pontífice João Paulo II, e, no Pontificado do Papa Bento XVI, das Cartas Encíclicas *Deus Carita Est* e *Caritas in Veritate*⁴⁸⁹. Já no Pontificado do Papa Francisco, em sua *Laudato si*, de 24 de maio de 2015 - a *Louvado sejas*⁴⁹⁰ - consubstancia uma crítica ao comunismo, como ao desenvolvimento irresponsável, além de fazer um apelo à mudança e à unificação global para o combate à degradação ambiental e às alterações climáticas, com o que não deixou de promover a solidariedade, firmando a responsabilidade de cada um e de todos, em todos os estratos de vida social, pela promoção e conservação de um ambiente ecologicamente equilibrado.

Sem embargo, como veremos no capítulo em que trataremos o “*bem comum*”, a centralidade decisória do que seja o “bem” do indivíduo e do que seja o próprio “bem comum”, a Igreja jamais deixou nas mãos do indivíduo. No que concerne aos bens sobrenaturais, reservou essa centralidade à Igreja; nos bens materiais, ao Estado, sem direito à oposição.

Nos aspectos que nos interessam, impõe-se deixar bem claro a *reação* impulsionada por alguns pensadores cristãos, para resolver a questão social, tinha uma certa pretensão de desruptura com o processo de laicização, mas, ao mesmo tempo, conduzia uma espécie de retomada de uma filosofia ética e política de acepção coletivista, aos moldes anteriores ao racionalismo cartesiano, um *neotomismo* ou um resgate à filosofia de São Tomás de Aquino, a fim de suavizar o estado de miserabilidade que se havia, de fato, estabelecido no seio social e que sensibilizava a qualquer espírito humanitário.

A Igreja Católica não tinha por objetivo ascender ao poder político, embora tivesse sempre a pretensão de subjugar o Estado nos assuntos próprios da Igreja e de conferir-lhes primazia na existência humana, da coletividade e do próprio Estado. Ainda que inegavelmente instigada por todas essas ideias, a Igreja partiu em defesa da construção de uma sociedade de *cooperação interindividual*, é dizer, de um modelo em que “os

⁴⁸⁹ Todas as Cartas Encíclicas referidas podem ser acessadas no endereço eletrônico: http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/encyclicals/index_po.htm. Acesso em 18-01-2013.

⁴⁹⁰ Papa Francisco. *Laudato si*, de 24 de maio de 2015. <http://www.m.vatican.va/encyclicals/documents>

particulares deveriam fazer convergir seus esforços para a satisfação de um interesse coletivo superior, identificado como o Bem Comum”⁴⁹¹ que, em postura distinta do liberalismo político e econômico clássicos, tivesse por fim a formação e a manutenção de uma *sociedade solidária*.

Ao se defrontar com a expressão *neotomismo*, o leitor atento irá se questionar: se a *Justiça Legal* de São Tomás de Aquino, para a qual evoluiu a *Justiça Distributiva* de Aristóteles, foi exatamente pensada no seio das sociedades medievais, totalmente hierarquizadas, como cogitar em resgatá-la para solucionar um problema - a questão social - justamente produzido por desigualdades e diferenças de classes?

Evidentemente que, nesse panorama, houve necessidade de repensar a *Justiça Legal* tomista, no propósito de adaptá-la à nova realidade, de modo que, ao mesmo tempo, ela desse conta das desigualdades materiais, por meio da lei, e exigisse uma política que respeitasse a igualdade formal, com um tratamento igualitário perante a lei.

Como observamos em tópicos anteriores, antes das Revoluções Liberais, a honra era critério de distinção dos indivíduos dentro da coletividade - o que, destarte, ocorria desde a Antiguidade -. Eram as castas que determinavam o valor ou a importância do indivíduo em relação aos demais, e a *Justiça Distributiva* era adotada como princípio ordenador das relações entre os indivíduos, integrados na comunidade, segundo critérios de subordinação e diferenciação, na lógica da proporcionalidade (geométrica).

No entanto, a igualdade formal que se consagrou vitoriosa nas Revoluções Liberais era incoerente com aquela racionalidade, porquanto ela visava a, dentre outros objetivos, justamente combater os privilégios institucionais da nobreza, da alta aristocracia e do clero que, ademais, passaram a representar quase nada em termos de poder político após a Revolução de 1789, quando o poder efetivo provinha do capital.

Por outro lado, a conciliação gradual dos postulados liberais com os democráticos conduziu a pensar numa *igualdade universal na lei*, permitindo um retorno à ideia tomista de *Justiça Legal* que suplantou à de *Justiça Distributiva*: o conceito aristotélico-tomista de *Justiça Legal* (que abarca a perspectiva distributiva) sustenta-se na ideia de uma *Justiça* inerente a toda legalidade que decorre do simples fato de *as normas jurídicas terem por objeto prescrições direcionadas ao “bem comum”*.

Este é, precisamente, o pensamento retomado por pensadores ligados à Igreja Católica, em resgate à doutrina do Aquinatense: ele manteve a fundamentação teleológica, mas agregou à teoria os componentes materiais compatíveis com os

⁴⁹¹ CASTILHO, Ricardo, in *Justiça Social e Distributiva*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.34.

postulados democráticos de igualdade (substancial). Com esse enfoque, a *Justiça Legal* deixou de ser o meio utilizado para a realização do fim justo (a lei, compreendida como norma jurídica); ela passou a incorporar os sujeitos a quem beneficiava com a concretização de seu objeto.⁴⁹²

Dito de outra forma, nessa adequação da doutrina tomista à realidade social pós-liberal, aquela *Justiça Legal* que tinha por núcleo a justiça de toda a lei, porque a sua única finalidade era a promoção do bem de todos em face das novas conformações igualitárias, passa a ser compreendida como uma *Justiça* que enfoca os seus destinatários da noção de *igual relevo social*, é dizer, a comunidade e seus membros. A essa adaptação da *Justiça Legal* tomista, de matriz aristotélica (*Distributiva*), convencionou-se chamar de *Justiça Social*, que já não consagra uma legalidade meramente formal, porque traz, em seu bojo, a noção de *solidariedade social*, uma outra forma de a própria justiça se expressar, sendo, ainda, justiça.

A *Justiça Social* assim pensada igualmente tem por fundamento a garantia da consecução do bem de todas as pessoas. Todavia, esse “*bem comum de todas as pessoas*” não leva em conta as individualidades de cada ser isoladamente pensado, mas como membros de um todo social harmônico; o *bem comum é compreendido como a colaboração mútua para realização da felicidade geral*, pois só aí se assimila a ideia de dignidade de todas as pessoas. “*Partindo da premissa de que todos os seres humanos detêm uma valia idêntica perante a lei, e levando em conta as verdades teológicas cristãs, a doutrina neotomista chega à conclusão de que todos os indivíduos guardam dignidade própria que determina, necessariamente, que sejam dadas a eles todas as condições materiais e imateriais indispensáveis para existência plena*”.⁴⁹³

Vale o registro de que, no entendimento esboçado - que, em parte perfilamos, e noutra somos opositores críticos -, não há consenso quanto à *Justiça Social* ter suas origens na doutrina da *Justiça Legal* tomista. Embora isso não esteja em causa nesta pesquisa, é oportuno dizer que nossa adesão doutrinária, no particular, reside no fato de ela apresentar uma dupla faceta (*comunitária e participativa*) da dimensão social de cada indivíduo (como uma leitura de justiça que se expressa por mais de uma forma): ao mesmo tempo em que o neotomismo diz que todos os indivíduos devem participar do *bem comum*, ela manda ou determina que cada um coopere para este fim, mas desloca

⁴⁹² D'AZÉGLIO, Luigi Taparelli. *Saggio Teorético di Diritto Naturale*. V.1. Roma: Edizioni nella Civiltà Cattolica, 1949, pp. 122 e s.

⁴⁹³ CASTILHO, Ricardo, in *Justiça Social e Distributiva*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.37.

do próprio ser humano definir o “bem comum”, porque centraliza essa prerrogativa na Igreja e no Estado, sem prejuízo de não contemplar a liberdade de não ser cristão.

Em que pese o neotomismo tenha partido de pensadores cristãos, o seu conteúdo, muito embora carregasse um viés ideológico de vinculação ou de fundamento em Deus, na Religião ou na Justiça Divina, a Justiça Social que procura desenvolver parece mais ligada à uma certa compreensão de dignidade da pessoa humana, apenas pensada sob outro viés, sob um paradigma humanitário que, em boa medida, desconsidera o próprio indivíduo.

A Justiça Social da Igreja Católica já se continha, ao menos em parte, no pensamento de Stuart Mill e em sua ideia sobre liberdade, ao sustentar a soberania do indivíduo sobre si mesmo (corpo e espírito), mas, admitir, em outro giro, a intervenção do poder estatal sobre essa liberdade, ainda que exclusivamente para fins de sua proteção, jamais para a opressão.⁴⁹⁴

Com a democratização política do Estado Liberal; com os movimentos revolucionários socialistas - que marcaram as lutas operárias e populares dos séculos XIX e XX por direitos novos -⁴⁹⁵; a ruptura com a Escola da Exegese; e com a reelaboração do saber e da experiência jurídica, com a leitura sociológica em torno da formação das sociedades e do próprio Direito, ao que se aliou a ideia de *Justiça Social*, fomentada pela Doutrina Social da Igreja que acabamos de analisar, o Estado Jurídico se encaminhou para uma nova conformação: o *Estado Social*, focado no bem estar.

Cuida-se de um modelo estatal em que os direitos fundamentais do homem e o primado da dignidade humana passaram a ter outra configuração, surgindo, inclusive, a partir dessa nova perspectiva, os primeiros reconhecimentos, em nível de Constituição, de *direitos sociais*, ditos de segunda geração (ou dimensão), abrindo-se, desde então, uma via de sua inclusão progressiva no rol dos direitos fundamentais, tais como o direito à educação, ao trabalho, à assistência à pobreza, à seguridade social, à saúde etc., como igualmente concretizações do princípio fundamental da dignidade humana.

Se até então as positivações, primeiro legais, depois constitucionais (do Estado Constitucional), dos direitos fundamentais haviam consagrado essencialmente os

⁴⁹⁴ STUART MILL, John. *Sobre a Liberdade*. Tradução de Pedro Madeira. Lisboa: Edições 70, 2006, pp.17 e s.

⁴⁹⁵ Esses movimentos de lutas populares e operárias foram altamente impulsionados pela Revolução Soviética e pela Revolução Mexicana, com ideologia de desenvolvimento primordial dos planos econômicos e sociais.

valores liberais⁴⁹⁶ (a vida, a liberdade, a propriedade e a igualdade perante a lei), de cunho individualista, mais especificamente como *direitos de defesa* (direitos do indivíduo abstrato contra o poder estatal), demarcando, no dizer de Ingo Wolfgang Sarlet⁴⁹⁷, “uma zona de não-intervenção do Estado”⁴⁹⁸, que, destarte, como observa o mesmo autor, “*continuam a integrar as Constituições no limiar do terceiro milênio, ainda que lhe tenham sido atribuído, por vezes, conteúdo e significado diferenciados*”⁴⁹⁹, com o advento do *Estado Social*, elas começaram a incorporar os postulados desse novo modelo jurídico-político.

Mesmo países capitalistas, que, no aludido período vivenciaram experiências social-democráticas e laborais, consagraram, em suas Constituições, as novas conquistas econômicas e sociais desse novo Estado de Direito: o Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*), um modelo que buscava a superação da opressão econômica e social e que, atuando na e sobre a ordem econômica, deveria esquematizar diversos meios de ação que superariam as primeiras e rudimentares formas de proteção social até então desenvolvidas.

Justiça Social passou a caminhar junto à própria ideia de *Direitos Humanos* e, na sua versão constitucionalizada, como integrantes da noção de direitos fundamentais albergados pelas Constituições.

⁴⁹⁶ Aqui compreendidos, em termos legais, desde a *Magna Carta de João Sem Terra* (pacto firmado em 1215, pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses, que tinha por objetivo garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais, alijando, à partida, a população do acesso aos direitos e liberdades civis clássicos, mas já consagrando o *habeas corpus*, a garantia da propriedade e o princípio do devido processo legal); o *Édito de Nantes* (promulgado em 1598, na França, por Henrique IV, depois revogado, em 1685, por Luís XIV), os documentos firmados por ocasião da *Paz de Augsburg*, em 1555, e da *Paz de Wesfália*, em 1648 (que marcou o final da Guerra dos Trinta Anos); o *Toleration Act*, em 1649, da Colônia Americana de Maryland e seu similar da Colônia de Rhode Island, em 1663; a *Reforma*; as declarações de direitos inglesas, notadamente, a *Petition of Rights*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, e o *Bill of Rights*, de 1689 (resultado da Revolução Gloriosa, de 1688); o *Establishment Act*, de 1701, a Declaração do Povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789, a primeira consagração em nível constitucional, com o advento da Constituição francesa de 1791 (conhecida como Constituição polaca que, em seu preâmbulo, incorporou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789), e até a Constituição Jacobina, de 1793. Ingo Wolfgang Sarlet adverte para o “o fato de que a preocupação com o social e com o princípio da igualdade transparece não apenas na Declaração de 1789, mas, também, na Constituição Jacobina de 1793, de forte inspiração rousseauiana, na qual chegaram a ser reconhecidos direitos ao trabalho, à instrução e à assistência aos desempregados” (in *Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p 51).

⁴⁹⁷ In *Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 54.

⁴⁹⁸ Correspondendo à fase inicial do constitucionalismo ocidental.

⁴⁹⁹ Fundada a crítica de Jorge Miranda (in *Manual de Direito Constitucional*. Tomo V. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p.123, ao sublinhar a impropriedade do emprego da expressão “gerações” para os direitos fundamentais, porque ela deixa transparecer que uma geração suplanta a outra, quando, em verdade, o que se verifica não é propriamente uma substituição, mas uma ampliação, agregando-se uma outra dimensão. Daí compreender que esta é a designação mais condizente para as várias “ondas” de direitos fundamentais.

O Estado Social pretendia, como anota Luis Sanches Agesta⁵⁰⁰, "ayudar al desenvolvimiento personal de todos y cada uno de los miembros de una comunidad, assegurándoles un mínimo de derechos fundados en su dignidad personal, la seguridad contra el riesgo y la ayuda para una mejora de su nivel de vida".

Nesse sentido, também é a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁵⁰¹, sustentando que a Ordem Econômica e Social passou a ser dominada pelo princípio da *Justiça Social*, o que concluiu a propósito de sua análise da Constituição Brasileira 1967, inclusive reconhecendo-lhe a influência da Doutrina Social da Igreja de que antes tratamos, notadamente, a partir do ideário delineado pela primeira Encíclica Social, a *Rerum Novarum*, de 1891, marco inaugural do Ensino Social Cristão, quando as estruturas jurídicas se puseram em movimento nesse mesmo propósito. A ideia de isonomia substancial passou a animar os ordenamentos jurídicos, sem prejuízo dos direitos fundamentais de primeira dimensão, mais diretamente ligados à liberdade formal.

Todas essas digressões, ao fim e ao cabo, vieram a criar condições para o surgimento do *Estado de Direito Social* que, ao que vimos, constitui o resultado de uma longa transformação pela qual passou o próprio Estado Liberal clássico, e é, por conseguinte, parte do curso histórico do próprio Estado de Direito.⁵⁰²

Para além da questão social, no âmbito jurídico-político, como bem sublinha Paulo Otero⁵⁰³, "se a garantia dos direitos fundamentais do liberalismo assentava na ideia de abstenção do Estado, sendo a propriedade e a liberdade tanto mais garantidas quanto menor fosse a intervenção do Estado, rapidamente se verificou, todavia, que existem direitos fundamentais cuja efectiva garantia exigem uma intervenção social e econômica do Estado".

Não desconhecemos, contudo, em sintonia com o que pontualmente sublinha Paulo Bonavides⁵⁰⁴, as dificuldades de se enveredar para esta análise, porque nem sempre

⁵⁰⁰ In *Curso de Derecho Constitucional Comparado*. 5ª ed. Madrid: Facultad de Derecho-Sección de Publicaciones, 1974, p.67.

⁵⁰¹ Manoel Gonçalves Ferreira Filho (in *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p.328): "Como a Lei Fundamental de 18 de setembro, a nova Carta nesse ponto, como noutros, revela influência nítida da doutrina social da Igreja..."

⁵⁰² Ele emerge, segundo observação de Paulo Bonavides (In *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10ª ed, São Paulo: Malheiros, 2011, p.188), da própria insuficiência do modelo liberal, porque "o velho liberalismo, na estreiteza de sua formulação habitual, não pode resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade e por isso entrou irremediavelmente em crise".

⁵⁰³ OTERO, Paulo, in *Instituições Políticas e Constitucionais*, p.333.

⁵⁰⁴ In *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.183. O autor chama atenção para o fato de "empregarmos a palavra socialismo no seu sentido mais genérico e histórico, desde as utopias do fim do Século XVIII à consolidação das teses marxistas, em nossos dias. Desde o

foram os fundamentos suscitados por Paulo Otero aqueles que verdadeiramente animaram o surgimento do Estado Social, primeiro, porque, ao nos depararmos com a expressão *Estado Social*, temos que, antes de mais nada, definir de que “Estado Social” estamos falando e que proposta ideológica ele consagra. Além disso, precisamos ter presente a distinção entre *Estado Social* e *Estado Socialista* que, não raro, conduziu e conduz ainda a algumas distorções como aquelas que apontamos nas abordagens de Karl Marx, Friedrich Engels e Lenin, que diluem o homem no Estado e configuram a antítese da dignidade humana como a própria negação dos direitos fundamentais.

O *Estado Social* aqui abordado é aquele que nasceu em meio a uma contradição histórica e inspirado em propostas diferentes (até antagônicas), mas, que, de qualquer modo, tacitamente, emergiu em função do *socialismo* seguido na linha de pensamento de Karl Marx e Friedrich Engels, bem como nos movimentos do proletariado iniciados no século XIX; ele é um produto advindo das lutas das massas enfim. Entretanto, ele evoluiu em perspectivas bastante diferenciadas de um e de outro lado do mundo.

Consoante bem observa Paulo Bonavides, o Estado Social de que tratamos aqui representa “uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal. Seus matizes são riquíssimos e diversos. Mas algo, no Ocidente, o distingue, desde as bases, do Estado proletário, que o socialismo marxista intenta implementar: é que ele conserva a sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal a que não renuncia”.⁵⁰⁵

Em outra formulação, no Ocidente, ele se firmou, ideologicamente, como uma terceira via entre o liberalismo clássico e socialismo e o comunismo marxista, um modelo que o ataca e, ao mesmo tempo, o acata, pois defende as linhas mestras do capitalismo, tratando-se de um paradigma em que o poder político repousa numa estrutura econômica capitalista. Por isso, o Estado Social Ocidental, que conserva sua

socialismo utópico, chamado socialismo científico. Desde a conspiração de Babeuf aos assaltos da Comuna de Paris. Desde a fundação da primeira Internacional à tomada de poder pelos bolchevistas russos, há quase oitenta anos”. O Estado Social comporta posturas e ideologias diversas, mas Paulo Bonavides sublinha que o fator de continuidade, ora delineado, forma, no Mundo Ocidental, uma “linha permanente de combate, com a qual se defronta, desde a Revolução Francesa até os nossos dias, o antigo Estado da burguesia ocidental”. Isso porque, afirma o autor, “antes e depois de Marx se trava esse renhido prélio doutrinário. E, para sobreviver, o Estado burguês se adapta a certas condições históricas; ora recua; ora transige, ora vacila”. Daí acreditar na existência, na moderna realidade política ocidental, “um dualismo doutrinário essencial: de um lado, as posições conservadoras, que se reconciliaram no antigo campo liberal; de outro, as tendências que se inclinam para o radicalismo, com a abolição do Estado da burguesia e sua ordem econômica”.

⁵⁰⁵ In *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.184. O autor compreende que, no Ocidente, o Estado Social permaneceu limitado e definido como um simples modelo avançado do Estado Capitalista e que, pelo tanto, não se confirmou como real alternativa ao liberalismo que se propusera substituir. Isso explica fulgurante neoliberalismo e a globalização ou internacionalização do capital financeiro, por exemplo.

adesão à ordem capitalista, convive e sempre conviveu bem com os mais variados sistemas de organização política⁵⁰⁶, ou seja, com Democracias, com o Facismo e até com o Nacional-Socialismo, ilustrativamente.

O Estado Social Oriental (o Estado proletário, em que o desenvolvimento dos direitos sociais e trabalhistas fundamentais lhe serve de impulso para se distanciar ideologicamente do modelo capitalista) é muito diferente do Estado parcialmente socialista (aquele que concorre com a iniciativa privada, nacionalizando e dirigindo indústrias).

A feição do modelo de Estado Social Oriental se dá em perspectiva inteiramente socialista, um Estado que se assume como produtor, apto à remoção do Estado capitalista, ampliando sua esfera de ação; um Estado que tudo controla e tem o poder de tudo controlar, suprimindo a iniciativa privada, e tudo provê⁵⁰⁷, que em muito se afastou do Estado Social Ocidental, que ainda manteve estreitas relações com o Capitalismo.

Entretanto, o Estado Social Ocidental, ao sair do controle exclusivo da burguesia, precisou voltar os olhos, sem perder sua essência, para a classe trabalhadora, e se assumir, em face do medo do *socialismo* marxista iminente, como um Estado mitigador de conflitos sociais e como um pacificador das relações entre o capital e o trabalho; um Estado Social que buscasse “*superar a contradição entre a igualdade política e a desigualdade social*”⁵⁰⁸, com objetivos claros de atingir o que se pode afirmar como “segurança social”.

Embora o Estado Social Ocidental tenha sido produto de uma concessão do Estado Liberal, receoso do marxismo - era mais seguro e vantajoso aos donos do capital abrir espaço ao proletariado, assegurando-lhe certo número de direitos sociais, financiando-os até na via tributária, a ver implementado o *socialismo* -, e também de uma certa *expertise*, na média em que o capitalismo necessita do trabalho livre, sem o qual não há consumo; além disso, os liberais perceberam que os trabalhadores mais satisfeitos, sob o ponto de vista econômico, eram politicamente mais controláveis; é esse o Estado Social (que desse contexto emergiu) que se instalou no Ocidente, e que se insere, juridicamente, num *constitucionalismo democrático* e é nele que queremos chegar.

⁵⁰⁶ Paulo Bonavides, a respeito, lembra que a Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha Franquista, o Portugal salazarista, foram todos Estados Sociais, a exemplo do que foi a Inglaterra de Churchill e Attlee; os Estados Unidos, em partes, desde Roosevelt; a França, principalmente com a Quarta República, e o Brasil, desde a Revolução de 1930 (in *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.184).

⁵⁰⁷ Modelo que se manteve sem grandes abalos pelo menos até a *Perestroika* - e sua proposta de abertura e transparência - culminando com a queda do *Muro de Berlim*.

⁵⁰⁸ Paulo Bonavides, in *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.185.

Nisso vai a ideia de uma contribuição do capital para formação do “bem comum”, lido como certa expressão de solidariedade, traduzida no dever de pagar tributos, para que o Estado Social se encarregasse de prover esse “bem comum”.

Cuida-se de um modelo jurídico-político de Estado que deve (ou deveria) se estruturar segundo um padrão de *coordenação* e de *colaboração*⁵⁰⁹; que abranda a luta de classes; que promove entre os homens a inclusão, a *Justiça Social* e a paz econômica, e que, por isso, deveria traduzir um protótipo de um Estado de Solidariedade, ou seja, um paradigma de respeito, promoção e concretização da dignidade da pessoa humana, em sua dimensão social, por meio do Estado, aí se incluindo direitos sociais, compreendendo preocupações concernentes à assistência, ao trabalho e à educação.

O Estado de Direito Social nasceu sob forte pressão popular, produto da crítica das doutrinas igualitárias contra as concepções e práticas liberais do Estado, como observou Norberto Bobbio⁵¹⁰, e que, embora tivesse o firme propósito de legitimar e dar continuidade ao sistema capitalista, mas teve o mérito de fazer nascer as exigências dos direitos e de mudar substancialmente, não só a relação entre o indivíduo e o Estado - porque o reconhecimento de direitos sociais demandou intervenção positiva (ação) e direta do Estado⁵¹¹, mas, também, a própria organização estatal, inclusive naqueles Estados que se mantiveram mais fiéis à genuína tradição liberal.

Assim, embora a coexistência dessas vertentes de um modelo estatal (vertentes que, como pano de fundo, em boa verdade, sempre foram animadas pelo mesmo mote social, já que, no centro de ambos os contextos, estavam os direitos sociais, não obstante utilizados de maneira claramente oposta e como *armas ideológicas* próprias e conflitantes), é esse Estado Social do Ocidente que temos em mente, aos efeitos de considerá-lo na análise do processo histórico de afirmação da solidariedade, especialmente pelas críticas que formulamos ao modelo socialista em linhas anteriores,

⁵⁰⁹ Temática que aprofundaremos na segunda parte desta investigação.

⁵¹⁰ In *Igualdade e Liberdade*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editoro, 2000, p.42.

⁵¹¹ A proteção e a promoção dos direitos sociais, como bem observa Norberto Bobbio (in *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campos, 1992, p.72), “*requer uma intervenção ativa do Estado, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade, produzindo aquela organização de serviços de onde nasceu até mesmo uma nova forma de Estado, o Estado social. Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado – e, portanto, com o objetivo de limitar o seu poder -, os direitos sociais exigem, para a sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado*”. Nesse contexto, o autor também adverte sobre as conotações positiva e negativa do poder, sustentando que o seu exercício pode constituir um bem ou um mal, segundo os vários contextos históricos e pontos de vista em que forem considerados, a propósito de levar em conta que o aumento de liberdade nem sempre signifique um bem, ao mesmo tempo em que nem sempre o aumento do poder signifique um mal.

por reduzir o homem a um gênero e aniquilar a sua liberdade de determinação de seus próprios fins.

Nossa abordagem, nessa ordem de ideias, sem prejuízo dos aspectos históricos, se dará especialmente sob o enfoque daquele *Estado de Direito Social* que, no dizer de Paulo Bonavides passou a existir quando, “*coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado Social*”.⁵¹²

Um entendimento mais exigente em torno dos direitos da pessoa humana, designadamente, dos direitos sociais, já englobam preocupações com a assistência, com o trabalho na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (na França, em 1793), na medida em que consagrou a igualdade como seu primeiro direito fundamental, de onde se pode encontrar a sua gênese, no dizer de Paulo Otero⁵¹³, assinalando também, para a importância da Declaração de Direitos integrante da Constituição Francesa de 1848, veiculando um propósito de responsabilização direta do Estado pela criação de condições materiais de efetivação dos direitos da pessoa humana, segundo uma leitura de dever de solidariedade do Estado e de provedor do bem comum.

Essa postura influenciou a Constituição Espanhola de 1812 e, por inspiração dela, a Constituição Portuguesa de 1822, ao consagrar a existência de estabelecimento de instrução pública e de caridade, para fins de socorros públicos e de assistência pública, deles incumbido as autoridades públicas ou o poder estatal, ideias que, à luz de nossas abordagens anteriores, sequer são originárias no Liberalismo, pois o pensamento clássico já traduzia preocupações com o viver bem, reiteradas em vários momentos históricos, em que formuladas ideias do bem viver e com dignidade, bem como

⁵¹² In *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.186.

⁵¹³ OTERO, Paulo, in *Instituições Políticas e Constitucionais*, p.333.

formulações de uma obrigação de solidariedade humana, especialmente advindas daqueles pensadores influenciados pelo cristianismo.

Nesse sentido, Paulo Otero⁵¹⁴ enfatiza a própria postura de Thomas Morus, no início do Século XVI, em que se identifica a afirmação de um claro princípio de solidariedade entre os membros de uma mesma sociedade, consubstanciando a defesa de um modelo social motivado por finalidades de bem-estar social que exige uma forte intervenção pública, assim como da posição kantiana, em cuja defesa da propriedade, enxerga certa preocupação com o bem-estar social, robustecida pelo seu entendimento sobre um dever de beneficência para com os necessitados a vincular todos os homens. Mas é em Hegel que se encontra, no magistério do autor, a formulação efetiva do princípio do Estado Social, um modelo que, na origem, como já tivemos a oportunidade de criticar, propõe o Poder Político e a Sociedade Civil substituindo a família na proteção e na subsistência do indivíduo, um modelo em que os seres humanos só têm deveres em relação ao Estado, por isso legitimado a criar instituições coletivas para promover a educação e a subsistência das pessoas, um modelo asfixiante da condição humana.

Do ponto de vista histórico, em que pese a sua gênese acima identificada, no Ocidente estruturado em diferentes perspectivas, também é importante destacar que o *Estado de Direito Social*⁵¹⁵ é um modelo que nasceu, com efeito, em meio à turbulência de movimentos sociais, mas ganhou relevo em três experiências políticas e institucionais distintas (disto antes inclusive) que foram, a saber: a Revolução Russa, de 1917; a Reconstrução da Alemanha, após a Primeira Guerra Mundial e a Revolução Mexicana e suas conseqüências (quando fundado o Partido Revolucionário Institucional).

De tais experiências, resultaram, respectivamente, três documentos que, de certo modo, se complementaram, e foram, consoante aponta a totalidade da doutrina, a Constituição de Weimar⁵¹⁶, de 1919, um verdadeiro paradigma social-democrático⁵¹⁷; a

⁵¹⁴ OTERO, Paulo, in *Instituições Políticas e Constitucionais*, p.334.

⁵¹⁵ Consoante observa André Rodrigues Corrêa (in *Solidariedade e Responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.110), "embora algumas necessidades sociais já houvessem obtido reconhecimento antes da formação do Estado Social (como, por exemplo, nas Constituições Francesas de 1791 e 1848), nesses diplomas há apenas o reconhecimento de deveres sociais do Estado que não foi acompanhado de um reconhecimento dos correlativos direitos sociais dos cidadãos".

⁵¹⁶ Cujo artigo 151 dispunha que "a vida econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e de forma a garantir a existência digna de todos". Já em seu artigo 161 estabelecia que caberia ao Reich organizar, com o concurso adequado dos segurados, um sistema de seguridade para a conservação da saúde e da capacidade de trabalho, a proteção da maternidade e a previdência contra as conseqüências econômicas da velhice, da invalidez e dos acidentes.

Constituição Mexicana, de 1917 e a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, na Rússia revolucionária (socialista), de 1918.

Nesse contexto, em termos constitucionais, os direitos sociais e trabalhistas, para além dos direito civis e políticos, foram acolhidos como *direitos fundamentais da pessoa humana* e passaram a estar sob a *proteção do Estado*, restando, assim, fundadas as bases do *garantismo social*, que situa o *Estado na condição de provedor de garantias institucionais aos direitos sociais e trabalhistas*, dando-lhe uma feição que leva a marca do protecionismo social.

No cerne dessas ideias repousa, em comum - especialmente por força daqueles movimentos socialistas que se insurgiam, severamente, contra as injustiças sociais do liberalismo, afirmando que o Estado não poderia, de modo passivo, assistir às gritantes iniquidades sociais -, a convicção de que o mesmo Estado também já não poderia se satisfazer com o simples reconhecimento da independência ou da liberdade jurídica do indivíduo; impunha-se o consideração de direitos sociais que já não se apresentava como característica exclusiva de uma filosofia política determinada, sendo incumbência do Estado a promoção (ação) da melhoria da existência, material e imaterial, das classes mais pobres, na mesma linha desenvolvida anteriormente pela Doutrina Social da Igreja,

⁵¹⁷ Profundamente influenciada, sem prejuízo de outros, pelos pensamentos de Fichte e seu discípulo Karl Friedrich Kaue. O primeiro tinha em mente que “a totalidade moral era uma totalidade não hierárquica de modo que o valor do todo não era mais nem menos que o valor das partes, mas equivalente. Nessa perspectiva, a esfera moral se apresentava como o espaço de integração solidária das consciências individuais que, por sua atuação recíproca, a engendrariam, excluindo toda a subordinação e hierarquia, sendo que essa esfera não estaria contida no Estado, mas, pelo contrário, o superaria. Essa esfera seria, em Fichte, a sociedade, o social, uma totalidade harmônica à qual ele atribuíra deveres como o de prover os pobres e de garantir a sua existência. Além de ser uma relação que estabelece deveres aos indivíduos, tais deveres eram tidos por Fichte como algo imposto pela Moral e pelo próprio Direito, este compreendido como condição essencial, meio absolutamente necessário, um dado *a priori* para a realização da Moral (apud Georges Gurvitch, in *L'idée du Droit Social. Notion et Système du Droit Social: Histoire Doctrinale depuis Le XVII Siècle Jusqu'à la fin du XIX Siècle*. Paris: Recueil Sirey, 1932, pp.407-425). Também Karl Friedrich Kaue viria a expor uma concepção do Direito como condição para a realização de ideais morais, a partir da compreensão de que o “*Direito quer que todos os homens deem e recebam mutuamente e em forma social toda a condição para o cumprimento do seu destino individual e total.*” Assim, a ideia do direito ou das condições exigíveis e recíprocas entre os homens é uma ideia geral, que tem por alvo a totalidade dos fins humanos e tem por fim a própria condicionalidade humana” (in *O Ideal da Humanidade Para a Vida*. Buenos Aires: Eduardo Pirié Editor, 1884, p.64), pensamento do qual se extraí que, ao Direito, incumbe ajudar e criar formas de harmonia social, ideário a partir do qual vai se firmando, gradativamente, a ideia da necessidade fundamental do Estado para a vida social, no que respeita não só à organização de leis relativas à propriedade, ao contrato e à sucessão, mas, também, relativas à implementação do princípio da *Justiça Distributiva* na distribuição de bens e serviços sociais, e na instituição de obrigações comunitárias, pois a ideia de *Justiça* baseada no *suum cuique* (a cada um) já não bastava, impescindindo de uma complementação, necessariamente advinda da adoção concomitante de um conceito de *Justiça Social*; um outro critério de *Justiça* que abarcasse o reconhecimento da necessidade e da impositividade de ações positivas a cargo tanto dos particulares como do Estado, mas, à altura, uma perspectiva ainda muito vinculada a um processo de moralização da sociedade, inclusive sob o aspecto econômico e de base individualista.

no contexto de fornecer soluções para a questão social, por meio do bem-estar e da construção do “bem comum”, de forma subsidiária, como destacamos oportunamente, com a imposição ao Estado do dever de realizar, do ponto de vista social e econômico, a *Justiça Social*, de modo a proporcionar o auxílio à família, o desenvolvimento da função social da propriedade privada, a defesa dos trabalhadores e de sua dignidade contra os abusos provenientes da exploração desmedida.

Com o fim da Primeira Guerra Mundial (1918), o modelo econômico liberal se encontra completamente dismantelado; não há, em definitivo, mais espaço para um Estado mínimo, não interventor, conformador de direitos fundamentais circunscritos à garantia de um espaço de liberdade individual insuscetível de penetração pelo Estado, um modelo ultrapassado que, agora, precisa se estruturar segundo uma postura prestadora, de dignificação da pessoa humana, através da garantia de direitos sociais, sem, contudo, abolir o paradigma liberal de direitos fundamentais individuais (mantendo, portanto, o paradigma liberal).

Nesse quadro, é possível dizer que, do ponto de vista jurídico-constitucional, o Estado de Direito Social existiu desde 1917 (constituição de Weimar), mas, somente a partir da década de 1930⁵¹⁸ é que ele passou a atuar como regulador e interventor mais contundente na área econômica, para se desincumbir de suas novas tarefas de proteção da dignidade da pessoa humana. Até então, em que pesem os estatutos jurídicos retrorreferidos, ainda imperava, no plano fático, a vetusta máxima liberal do *deixe fazer*, *deixe passar*, sem expressivas intervenções estatais na produção e na circulação de bens e serviços, bem como sem mecanismos de controle e de exigibilidade dos novos direitos acolhidos como fundamentais para a concretização da dignidade da pessoa.

Com efeito, em razão da grande depressão da referida década de 1930, o Estado de Direito Social, jurídico-constitucional fraco, limitado e garantista, começou a se fortalecer como interventor e *dirigente* econômico e, tornando-se forte nesse âmbito, deu início à prática de pautar o processo capitalista segundo novas bases.

Nesse contexto histórico, o *Estado de Direito Social* passou a agir de modo contundente, não só como interventor na seara econômica, mas, também, como *produtor jurídico*, a fim de melhor organizar e defender o próprio sistema capitalista. Por outro lado, essa postura implicava aumento da carga tributária que, mesmo assim, era vantajoso e suportável: melhor isso ao *socialismo*.

⁵¹⁸ Marcada por uma enorme depressão econômica, especialmente desencadeada pela quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque, em 26 de outubro de 1929; o período que a sucedeu foi considerado o de maior recessão do século XX.

Dali em diante, *o Estado de Direito Social* seria o apoio jurídico do capital nacional e internacional, situação que somente sofre uma solução de continuidade com o advento da Segunda Guerra Mundial.

Vale lembrar que tal conflito bélico - deflagrado em 1º de setembro de 1939, com a invasão da Polônia pelas forças armadas da Alemanha nazista -, em muito se diferenciou da Primeira Guerra Mundial (1914-1918), especialmente porque, ao contrário desta, na Segunda Guerra Mundial, os Estados não visavam apenas a alcançar conquistas territoriais como intentava a primeira,

Agora, na Segunda Guerra Mundial, os Estados tinham um projeto de subjugação de povos considerados inferiores, buscando o seu aniquilamento. Em meio a ela, calcula-se, segundo Fábio Konder Comparato⁵¹⁹, tenham sido mortas em torno de 60 milhões de pessoas, a maioria civis⁵²⁰, deixando para a Europa cerca de 40 milhões de refugiados, apátridas, seja pela fuga da pobreza, do desemprego, da destruição do meio ambiente, da guerra, da violência, da perseguição política ou religiosa, pessoas que, enfim, não tinham para onde voltar, o que viria a robustecer o problema social do pós-guerra.

O ato final daquela tragédia, com o lançamento da bomba atômica sobre Hiroshima e Nagasaki, em 6 e 9 de agosto de 1945, respectivamente, soou, conforme enfatizou Fábio Konder Comparato⁵²¹, “*como um prenúncio do apocalipse*”, pois o homem havia acabado de alcançar o poder de destruir toda a vida na face da Terra.

Essa consciência veio a constituir um *marco no humanismo* - e, no processo histórico de afirmação dos direitos humanos e da solidariedade nesse contexto se insere -, pois ensejou um despertar para o fato de que a sobrevivência da própria humanidade impunha como condição a *colaboração* de todos os povos, não apenas em termos de reorganização das relações internacionais, mas que estas tivessem por base o respeito incondicional pela dignidade humana, tão solapada pelo horror engendrado pelo surgimento dos Estados Totalitários, que se converteram em verdadeiras máquinas de destruição de povos inteiros.

Foi essa consciência, aliás, que inspirou a Organização das Nações Unidas (em 1945) - entidade que, diferentemente daquela criada em 1919 por ocasião do fim da

⁵¹⁹ In *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2007, p.213.

⁵²⁰ Esse número, conforme Fábio Konder Comparato, é seis vezes maior do que o número de mortos na Primeira Guerra Mundial (in *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2007, p.213), em que as vítimas eram, em sua quase totalidade, militares.

⁵²¹ In *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2007, p.214.

Primeira Guerra Mundial, qual seja, a Sociedade das Nações, em que, no centro das preocupações estava apenas a de criar uma instância de arbitragem e de regulação dos conflitos bélicos -, situar a guerra como algo *fora da lei*.

Mais. Como, com propriedade, destaca, uma vez mais, Fábio Konder Comparato⁵²², “enquanto a Sociedade das Nações não passava de um clube de Estados, com liberdade de ingresso e retirada conforme suas conveniências próprias, as Nações Unidas nasceram com a vocação de se tornarem a organização da sociedade política mundial, à qual deveriam permanecer, portanto, necessariamente, todas as nações do globo empenhadas na defesa da dignidade humana”.

Importa registrar que, mesmo antes de findo aquele conflito bélico, as bases de reconstrução do mundo pós-guerra, consoante a teleologia da Organização das Nações Unidas, já haviam constado de uma mensagem enviada pelo então Presidente dos Estados Unidos, Franklin D. Roosevelt, ao Congresso Norte-Americano, em 06 de janeiro de 1941, documento em que propunha que *o novo mundo se fundasse em quatro liberdades humanas essenciais: a liberdade da palavra e de expressão, a liberdade religiosa, a libertação do medo e da opressão* e, de especial relevo para o objeto desta investigação, *a libertação da penúria*, traduzida, em termos mundiais, pela necessária implementação de acordos econômicos que assegurassem a todas as nações uma paz sólida em todas as partes do mundo.

Naquele mesmo ano, em 14 de agosto, Franklin D. Roosevelt e o então Primeiro Ministro Britânico Winston Churchill firmaram a chamada “*Carta do Atlântico*”, documento em que declaram que o objetivo de ambos os países naquela Guerra era “*o respeito pelo direito de todos os povos de escolher a sua própria forma de governo, bem como a intenção de lutar para a restauração dos direitos soberanos e de autogoverno, para todos aqueles que foram deles privados*”.⁵²³

Pelo acordo, eles também se obrigavam a promover o igual acesso de todos os Estados ao comércio mundial e a dar impulso ao suprimento de matéria-prima; à *colaboração mundial para a melhoria dos padrões de trabalho, para o progresso econômico e para a previdência social*, além de envidar esforços para destruir a tirania nazista, restabelecer a paz, a fim de que todas as nações pudessem viver em segurança dentro de suas fronteiras, *livres do medo e da miséria*.

⁵²² In *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2007, p.214.

⁵²³ Consoante o escólio de Fábio Konder Comparato, in *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2007, p.216.

Adiante, essa Carta restou incorporada à *Declaração das Nações Unidas*, de 1º de janeiro de 1942, mediante a qual 26 potências que combatiam as forças do Eixo Alemanha, Itália e Japão expressaram seus objetivos na Guerra.

Foram os seus signatários, os membros originários da ONU, cuja Carta de Fundação data de 26 de junho de 1945, ao fim da Conferência de São Francisco, sendo ela subscrita por 51 países na ocasião.

Embora tal Carta - subscrita no intuito de reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem -, notadamente, pela dicção de seus artigos 13 e 55, consagrasse somente direitos humanos inerentes às liberdades individuais, *estava assentado, já no seu Preâmbulo*⁵²⁴, que um dos objetivos da Organização era o de “*empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos*”, e nesse desiderato, restou criado o Conselho Econômico e Social⁵²⁵, com a atribuição de favorecer, entre os povos, *níveis mais elevados de vida, trabalho efetivo, bem como condições de progresso e desenvolvimento econômico e social*.

A Carta das Nações Unidas afirmou *o direito de autodeterminação dos povos*, mas, no que respeita ao efetivo desenvolvimento econômico em níveis mundiais, tal reconhecimento veio somente mais tarde. Isso porque, a Comissão de Direitos Humanos, criada na Organização, em 16 de fevereiro de 1946, para tal fim, concluiu a primeira etapa de seus trabalhos em 18 de junho de 1948, com um *projeto de Declaração Universal dos Direitos Humanos*, aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas, mediante Resolução⁵²⁶, em 10 de dezembro de 1948.

⁵²⁴ “Nós, os povos das Nações Unidas, decididos:

a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra que por duas vezes, no espaço de uma vida humana, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade;

a reafirmar a nossa fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações, grandes e pequenas;

a estabelecer as condições necessárias à manutenção da justiça e do respeito das obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional;

a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de um conceito mais amplo de liberdade;

e para tais fins:

a praticar a tolerância e a viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos;

a unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais;

a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição de métodos, que a força armada não será usada, a não ser no interesse comum;

a empregar mecanismos internacionais para promover o progresso econômico e social de todos os povos; Resolvemos conjugar os nossos esforços para a consecução desses objectivos.

Em vista disso, os nossos respectivos governos, por intermédio dos seus representantes reunidos na cidade de São Francisco, depois de exibirem os seus plenos poderes, que foram achados em boa e devida forma, adoptaram a presente Carta das Nações Unidas e estabelecem, por meio dela, uma organização internacional que será conhecida pelo nome de Nações Unidas.”

⁵²⁵ Não existia da Sociedade das Nações um órgão com esse intuito.

⁵²⁶ Cuida-se da Resolução 217 A (III), de 10 de dezembro de 1948.

Já uma segunda etapa de sua tarefa somente se completou no ano de 1966, quando dois Pactos foram aprovados, um deles inerente a direitos civis e políticos, e outro sobre direitos econômicos, sociais e culturais.⁵²⁷

Não é novidade alguma que a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* foi impactada pelas atrocidades praticadas durante a Segunda Guerra Mundial que, em grande parte, somente se revelaram após o seu término, e com a total omissão do ocorrido intramuros na extinta União Soviética. De igual modo, nem todos os membros das Nações Unidas perfilavam, integralmente, as opiniões impressas no documento.

Registre-se que a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* foi aprovada à unanimidade, valendo ainda consignar que os Estados comunistas, quais sejam, a extinta União Soviética, a Ucrânia, a Rússia Branca, a extinta Tchecoslováquia, a Polônia, a extinta Iugoslávia, bem como a Arábia Saudita e a África do Sul, se abstiveram de votar.

Nesse espectro, mostra-se possível sustentar que a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, numa espécie de retomada dos ideais da Revolução Francesa, agora com um caráter mais consentâneo de mais de uma dimensão da liberdade; com um perfil mais humanitário, de igualdade substancial e de responsabilidade, representou a manifestação histórica de que *se formou, finalmente, em uma escala mundial, o reconhecimento dos valores supremos da liberdade, da igualdade e da fraternidade entre todos os homens*, consubstanciando o que bem se pode afirmar como uma *consciência Jurídica universal*, que alberga os *valores superiores de toda a humanidade*.

Em momento próprio, na segunda parte desta investigação, retomaremos essa questão, para verificar a força jurídica do referido documento (a Declaração da ONU), por ocasião de analisarmos, precisamente, a vinculatividade do princípio da solidariedade no âmbito interno, bem como sua projeção em nível de Comunidade Internacional.

⁵²⁷ Tratou-se da *Convenção Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, que contou com a ratificação e a adesão pela Assembleia Geral, por meio da Resolução 2200 A (XXI), de 16 de dezembro de 1966, e que entrou em vigor em 3 de janeiro de 1976, de acordo com o artigo 27 da referida convenção. Formalmente, ela incorporou a ordem jurídica brasileira com o Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, assinado em 24 de janeiro de 1992, entrando em vigor em 24 de fevereiro de 1992, pelo Decreto nº 591. Vale consignar que havia uma terceira etapa dentre as tarefas da Comissão, consistente na criação de mecanismos capazes de garantir a universal observância dos direitos nela consignados, mas, conforme magistério de Fábio Konder Comparado ((consoante o escólio de Fábio Konder Comparado, in *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2007, p.226), essa etapa ainda não foi concluída.

Por ora, é suficiente compreender que a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* constitui, inequivocamente, em especial em regimes democráticos, um símbolo; uma síntese dialética entre o ideal e o real, de modo que os direitos, princípios, valores e diretrizes por ela proclamados são aqueles que se acham mais próximos das convicções e das ideias jurídicas inerentes e indispensáveis a qualquer ordenamento jurídico que se pretenda justo, como, aliás, sublinhou Norberto Bobbio⁵²⁸; ou como legado cultural e fundamento das esperanças de uma sociedade a constituir a base valorativa, a partir da qual devem ser pensadas quaisquer alterações do sistema jurídico, como destacou Peter Häberle.⁵²⁹

Importante reter que, proclamada a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, esta veio a consagrar, *em termos positivos, e em nível mundial*, e como uma realidade objetiva, a dignidade da pessoa humana como a base e o horizonte de todas as sociedades; valor intangível do homem e como fundamento de qualquer comunidade humana (e, em seu contexto, ou melhor, inseridos em seu conteúdo jurídico, os direitos sociais, pois com ela se consolida a ideia de um direito à *segurança social*⁵³⁰ como um princípio fundamental para a garantia do bem-estar do homem), partindo do pressuposto do reconhecimento de que a dignidade é inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis; afirmando que ela é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

Admitindo, com a mesma abrangência, que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da humanidade, afirmou que se impunha, doravante, o advento de um mundo em que os homens gozassem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade como a mais alta aspiração do homem comum.

⁵²⁸ In *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campos, 1992, pp.71-70.

⁵²⁹ In *Libertad, Igualdad, Fraternidad: 1979 como Historia, Actualidad y Futuro del Estado Constitucional*. Madrid: Trotta, 1998, pp.46-88.

⁵³⁰ *Segurança social* que não se confunde ou se reduz às noções de *seguridade social* e *assistência social*. Segurança social, que se estabelece e se organiza em virtude do princípio da solidariedade que, a seu turno, está ligado ao princípio da *Justiça Distributiva* (tratamento desigual àqueles que estão em posições jurídicas desiguais e menos favorecidas e vulneráveis. Uma boa síntese poderá ser conferida na obra de Norberto Bobbio denominada *A Era dos Direitos* (Rio de Janeiro: Editora Campos, 1992, pp. 68-73), para onde remetemos o leitor), tem um espectro muito mais amplo, pois constitui um fim a alcançar. Já a seguridade social constitui apenas um, entre outros meios, para que os fins da *segurança social* sejam alcançados. Ao Estado, relativamente aos fins da *segurança social*, cumpre a tarefa de regular os investimentos formados principalmente das contribuições e tributos obrigatórios, enquanto ônus de todos para com a solidariedade social. Um e outro estão ligados ao princípio da contributividade (técnica financeira de capitalização); já a assistência social é algo adstrito ao princípio da gratuidade, daí advindo a sua natureza essencialmente redistributiva, baseada em técnica financeira de redistribuição. Todos esses conceitos, notadamente, se enquadram na noção de produção social.

Ela também perfilou a postura de que é essencial aos direitos humanos que estes sejam *protegidos pelo Estado de Direito*, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão, assim como julga essencial a promoção de relações amistosas entre as Nações.

Por ela, os povos das Nações Unidas reafirmam sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana, bem como na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como decidiram afiançar a imprescindibilidade da promoção do progresso social e melhores condições de vida, segundo uma concepção mais ampla de liberdade, razão pela qual, os Estados-Membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, bem como a observância desses direitos e liberdades, sinalizando que uma compreensão comum daqueles direitos e liberdades era da mais alta importância para o pleno cumprimento daquele compromisso.

A partir dela, firmou-se, por derradeiro, um consenso de que pessoa humana e sua dignidade são o fundamento e o fim de todo o poder político e que, por conseguinte, era dever de todo o poder público respeitá-la, protegê-la e promovê-la; assim, ainda que o período que lhe sucedeu tenha sido fortemente marcado pela Guerra-Fria⁵³¹, os Estados de Direito fundados na democracia e mesmo em Monarquias Constitucionais (como, por exemplo, é o caso da Espanha), passaram a acolher, não sem rupturas⁵³², cada vez mais, em suas Constituições, explícita ou implicitamente, os princípios, os direitos e os deveres em geral, consagrados pela *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, com sua estatuição, também, como objetivos fundamentais de cada Estado em particular, com o desenvolvimento de políticas públicas e sociais.

No âmbito interno, essa nova configuração, em que se percebe nitidamente um alargamento da atuação dos direitos humanos, curiosamente, a tutela dos direitos fundamentais - aqueles reconhecidos como tal em uma dada ordem constitucional -, até então concebida como sinônimo de garantia de não-intervenção do Estado na esfera privada do indivíduo, passou a reclamar dele exatamente uma postura inversa, quicá

⁵³¹ Esta é a designação atribuída ao período histórico de disputas estratégicas e conflitos indiretos entre os Estados Unidos e a extinta União Soviética, compreendendo aquele que vai do final da Segunda Guerra Mundial (1945) e a extinção da União Soviética em 1991. Tratou-se, em suma, de um conflito mais ou menos velado, de ordem política, militar, tecnológica, econômica, social e ideológica entre as duas nações e suas zonas de influência.

⁵³² Que não serão objeto pontual de análise, sob pena de levar à pesquisa a uma dimensão invencível e que pouco contribuiria aos seus objetivos principais.

antagônica à abstenção, impondo-lhe, simultaneamente, como *dever de proteção* e *dever de promoção*, a obrigação de intervir, com prestações positivas⁵³³, no fito de minimizar as desigualdades materiais que o liberalismo econômico produziu, visando à concretização da garantia constitucional de igualdade substancial e de *Justiça Social*.⁵³⁴

Já não se lhe exigia o mero respeito ao direito de todo o ser humano à vida, à integridade física, à liberdade, à propriedade privada e à igualdade formal, mas uma atuação concreta na promoção do *bem-estar* da coletividade da sociedade, na expectativa de que, para que uma sociedade possa atingir os estágios superiores de organização social, é preciso estabelecer padrões adequados de desenvolvimento - redutor das desigualdades sociais - que não se limitem a meros rearranjos episódicos dos recursos disponíveis, ideia que se agrega a de direitos humanos constitucionalizados como ínsitos da dignidade humana.

É assim que o Estado, antes recorrentemente visto como inimigo dos direitos fundamentais, foi erigido à condição de responsável por aquele “algo mais” que a dignidade humana demandava para além dos postulados liberais, que já não nos permite mais ver a liberdade negativa como se ela fosse toda a liberdade; antes, como apenas uma de suas dimensões.⁵³⁵

⁵³³ Há que se ter um certo cuidado ao afirmar que os direitos da liberdade são exclusivamente de abstenção, e os sociais, de prestação. Pode ocorrer que os direitos da liberdade exijam um agir do Estado para a sua concretização. Por exemplo, assegurar os meios para que os reclusos possam exercer sua liberdade religiosa ou uma política em relação à segurança pública. Por outro lado, a concretização dos direitos sociais podem igualmente reclamar uma exigência de parte do Estado, o que se verifica, exemplificativamente, no ensino fundamental obrigatório ou na vacinação.

⁵³⁴ Conforme sublinha André Rodrigues Corrêa (in *Solidariedade e Responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.137), “somente a partir do fim da Segunda Guerra Mundial é que efetivamente começa a se introduzir e a se desenvolver uma alteração significativa na forma de se conceber as relações entre o Estado e a Sociedade”. De outro lado, estamos convencidos de que essa mudança está diretamente ligada a um alargamento da compreensão de direitos humanos, dignidade humana e liberdade, enfim, a uma alteração epistemológica no paradigma antropológico que empresta fundamento a esses conceitos, embora já estivesse, há algum tempo, se sedimentando uma ética social de responsabilidade solidária.

⁵³⁵ O que acaba por exigir, inclusive com inversão do raciocínio jurídico da tradição liberal, tratamentos diferenciados, no dizer de Ewald François (in *L'Etat Providence*. Paris: Bernard Grasset, 1986, p.273-275), em favor de determinados segmentos da sociedade, o que nos permite falar em *direitos assimétricos* ou *discriminações positivas*, com objetivos compensatórios, redistributivos, integracionistas, niveladores, com o fito de tornar controláveis os riscos de explosão de conflituosidade, litigiosidade e anomia das sociedades contemporâneas. Cuida-se, conforme o mesmo autor, de uma dimensão promocional que não é exclusivamente normativa, pois exige a implementação e a execução de determinadas políticas públicas, por meio das quais, em vez de se aplicar regras gerais, abstratas e impessoais a fatos anteriormente verificados entre partes formalmente iguais em face da lei, os operadores do Direito são condicionados por uma visão prospectiva à realização de determinadas pretensões da parte considerada materialmente mais débil, o que pressupõe uma certa técnica ou uma metodologia diferenciada de dizer ou articular o Direito, notadamente, de acordo com essa nova racionalidade jurídica, em que a realidade socioeconômica é levada em consideração para efeitos de juízo de valor (que já não é algo que somente se aplica, mas, porque resultado de uma junção de forma jurídica e seus pressupostos fáticos e filosóficos, algo por meio do que se julga, em determinado momento histórico e em determinada sociedade; algo em que as normas e os conceitos jurídicos, embora não totalmente, como veremos na segunda parte deste

Por essa compreensão e perfil prestacional, contrariando a lógica liberal, o Estado, agora sob um viés interventor e regulador, passou a ser um grande protagonista da vida econômica, no fito de se desincumbir de seu dever fundamental, as tarefas do Estado, *entidade que se assumiu como o agente único da solidariedade (e da felicidade)* que, a parte de uma relevância Moral, Ética, Filosófica ou Religiosa, passa a ser valor acolhido no seio das Constituições como *norma*, primeiro como fundamento dos direitos sociais, econômicos e culturais, de caráter prestacional e de cunho programático.

Em outra formulação: enquanto na doutrina clássica os direitos fundamentais, como consagrados pelas primeiras Constituições, surgiram como direitos, liberdades e garantias, correspondentes aos direitos civis e políticos no intuito de resguardar a liberdade dos cidadãos, tal concepção evoluiu para uma segunda dimensão complementar para incluir, também, a realização dos direitos sociais, econômicos e culturais, onde o enfoque será o da igualdade, sem prejuízo de, hodiernamente, reconhecer-se, ainda, a inclusão de uma terceira dimensão dos direitos fundamentais, identificadora de uma *titularidade coletiva*, cuja solidariedade que emana de pessoa humana, demanda deveres de um e de todos, inclusive do próprio poder político para com toda humanidade.

Todavia, inevitavelmente, assumindo tais tarefas, o Estado de Direito Social se agigantou nessa perspectiva solidária, especialmente a partir da década de 1950, no afã de afastar o fantasma do socialismo, passando atuar ainda mais assídua na seara política, jurídica e, pessoalmente, nas searas econômica e social, situação que se manteve até as décadas de 70 e 80, quando, finalmente, entrou em colapso, muito especialmente em razão da crise mundial do petróleo.

É cediço que os postulados liberais sempre primaram pela expansão da personalidade individual, abstratamente considerada, em postura diametralmente oposta aos postulados igualitários que, em sua lógica coletivista e organicista, tiveram por escopo o desenvolvimento harmonioso da comunidade (o todo).

Porém, que não se vá perder de vista que o Estado de Direito Social consagrado pela Organização das Nações Unidas, em que pese a consciência universal em torno dos valores supremos da liberdade, da igualdade e da fraternidade que ela consagrou,

estudo, antes universais e de existência longa, podem ser recorrentemente redefinidos diante da singularidade de contextos históricos, econômicos e culturais, sendo, assim, abertos a mudanças, porque ligados a uma conjuntura epistemológica determinada, ao menos nos aspectos em que o Direito se achar na disponibilidade do homem, dos grupos, da sociedade, do Estado e da Comunidade internacional).

sempre permaneceu, no Ocidente, limitado e definido como um modelo avançado do Estado Capitalista como alhures destacamos.

Basta, para assim concluir, ter em conta as constantes ameaças que lhe fazem, desde os anos 70 e 80, o neoliberalismo, a globalização e a internacionalização do capital financeiro, que ganharam força com o fim da União Soviética e a queda do Muro de Berlim, esmaecendo o temor socialista do qual emergiu o Estado de Direito Social no âmbito Ocidental, uma vez que já não era mais imprescindível ceder às pautas sociais para frear o comunismo ou o socialismo marxista.

De efeito, após a Segunda Guerra Mundial, havia um ambiente propício, como havia um consenso dos países capitalistas, em torno da necessidade de construção de um Estado de Direito Social; porém, desde o início dos anos 70, uma conjuntura internacional começou a enfraquecer e a desestabilizar esse novo Estado de Direito Social encarregado das reformas sociais.

É quando, nos Estados Unidos da América, durante o governo de Richard Nixon, teve início uma espécie de virada dos conservadores liberais, porque estes, integrando um grupo de grandes empresários e industriais, ou seja, sendo aqueles os verdadeiros detentores do capital e dos meios de produção, já se achavam extremamente insatisfeitos com o Estado do Bem-Estar Social, notadamente, com o seu dirigismo, e descontentes com a *carga tributária* que ele trouxe consigo para financiá-lo.

Efetivamente, tal modelo estatal, incumbido da tarefa de diminuir as desigualdades sociais e de prestar assistência aos menos favorecidos, exigia uma *enorme arrecadação tributária*, o que implicava, como decorrência lógica, a diminuição do lucro de quem financiava o Estado, motivo de crescente insatisfação burguesa.

Some-se a isso o fato de que, à altura, aquelas concepções liberais para enfrentar a ameaça real do socialismo já não se mostravam tão necessárias assim, especialmente porque o grande paradigma subsistente, e a extinta União Soviética, começava a mostrar sinais de fraqueza e de insuficiência, pois não cumpria a ideologia e as promessas de igualdade e de erradicação das desigualdades que propalou ao dissolver o indivíduo no Estado.

Por conseguinte, o chamado “*grande capital*” não necessitava mais de se ocultar por detrás de concessões liberais de direitos sociais e que acarretavam uma diminuição sensível de seus lucros. Era o momento oportuno para a virada dos conservadores liberais - *os neoliberais* - que, com esteio do governo de Richard Nixon, lograram abrir as portas dos Estados Unidos para os imigrantes, abrindo, também, o mercado norte-

americano para mão de obra barata, em que as pessoas, como já acontecera em um determinado momento histórico anterior (como consequência da Revolução Industrial) aceitavam trabalhar por qualquer salário, pouco se importando em não possuir nenhuma garantia trabalhista, nem como os direitos sociais do proletariado.

Esse Estado Neoliberal - ou Estado-Empresa - era indicativo da falência múltipla das funções apregoadas pelo Estado de Direito Social clássico. Uma das consequências dessa postura foi não apenas a debilidade de forças antes ativas em prol dos direitos sociais, como é o caso dos sindicatos, mas, também, o enfraquecimento do próprio Estado do Bem-Estar Social, que não resistiu às pressões capitalistas que exigiam redução de carga tributária, revitalização da ideologia de mercado livre e flexibilização dos direitos sociais, atitude que logo se estendeu para outras partes do mundo, fazendo com que as grandes potências mundiais (como a Inglaterra, a Alemanha e o Japão, dentre outras) se defrontassem com a mesma realidade.

Sem embargo, embora não seja o nosso propósito adentrar essa temática, cabe referir, a título de contextualização, que a grave deficiência econômica, decorrente da crise do petróleo em 1979, culminou, também, por diminuir consideravelmente o crescimento da economia, o que veio a repercutir de modo expressivo na arrecadação de tributos para financiar o Estado do Bem-Estar.

Com o enfraquecimento da iniciativa privada, o Estado passou a arrecadar menos tributos e gastava, para se desincumbir de suas tarefas, sem reservas suficientes para atravessar o momento de crise, bem mais do que arrecadava. Tal circunstância acabou por gerar, em países não desenvolvidos, um enorme *déficit* interno no seio dos Estados de Direito Sociais constitucionalmente incumbidos de respeitar, proteger e promover a dignidade humana em todas as suas facetas, isto é, os direitos fundamentais individuais e sociais. Não tardariam a ter de buscar, por isso, recursos fora dos limites estatais internos.

E os *neoliberais* enxergaram nesse contexto um excelente quadro estratégico para, com alternativa apta a superar a crise do petróleo, renovar ao mundo sua vetusta proposta de economia de mercado e de regresso a um Estado apenas mínimo que, veiculando uma ideologia de separação entre a Política e a Economia, viabilizasse, uma vez mais, a máxima expansão e a cumulação de capital nas mãos de quem o detinha.

Esse quadro inicial de dismantelamento do Estado de Direito Social robusteceu-se nos governos de Ronald Reagan, nos Estados Unidos da América e de Margaret Thatcher, na Inglaterra, em especial, porque, no início dos anos 80, o *socialismo* já não

constituía uma séria ameaça; mostrava-se, então, possível a redução dos mecanismos de investimento nas tarefas de reconhecimento, proteção e promoção do bem-estar social; isso era viável inclusive porque as massas estavam sob controle. Tanto isso foi assim que, em 1989, restou firmado o documento chamado de *Consenso de Washington*⁵³⁶, no qual restou proposto essencialmente o controle dos *gastos públicos* em detrimento das necessidades sociais e econômicas, mitigando ainda mais o sonho do *igualitarismo social*.

A par desses fatos, perfilados pelo gradual desmanche do suporte popular e a da via sindical - que é essencial a toda política socialdemocrática -, bem como pela diminuição brusca, em países não desenvolvidos, do Estado como *agente de financiamento ou de investimento econômico*; o endividamento externo desses Estados e seu controle por agências internacionais de regulação da economia global, como o Fundo Monetário Internacional, sobreveio, nos anos 90, a derrocada definitiva do *socialismo*, com o esfacelamento da União Soviética, a sua abertura e a queda do Muro de Berlim, para, em derradeiro, colocar em crise o Estado de Direito Social e sua racionalidade, conforme aquela consciência universal formada a partir da Organização das Nações Unidas, em termos de valores supremos da humanidade (liberdade, igualdade e fraternidade).

Demais disso, em meio a tudo, o mundo veio a ser sufragado por uma economia globalizada, que faz sombra, em boa medida, à soberania dos Estados nacionais, fazendo deles um lugar quase sem fronteiras, onde o próprio Estado já não é o principal financiador do capital monopolizado, tampouco o Estado-Nação é tido como o grande investidor e protetor da economia nacional.

Nesse cenário, fazer crescer a economia do Estado-Nação, com efetivo respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais individuais e sociais, já não está somente na sua esfera de decisão, pois ele é desafiado e se torna fragilizado pelo processo de globalização (especialmente econômica) e pelo neoliberalismo (lucratividade máxima com segurança jurídica máxima e ingerência estatal mínima),

⁵³⁶ Tratava-se de um conjunto de medidas - consubstanciado em dez regras básicas - formulado em novembro de 1989, por economistas de instituições financeiras situadas em Washington D.C., dentre as quais o FMI, o Banco Mundial e o Departamento do Tesouro dos Estados Unidos. Tais regras estavam fundamentadas num texto do economista *John Williamson*, integrante do *International Institute for Economy*, e que viria a se tornar a política oficial do Fundo Monetário Internacional, em 1990, ocasião em que elas passaram a constituir o receituário básico para a promoção do ajustamento macroeconômico daqueles países que, em fase de desenvolvimento, passavam por dificuldades.

para o que o uso de mecanismos como privatizações e terceirizações se tornam cada vez mais frequentes.

A própria soberania estatal sofre o esmaecimento pela formação dos chamados blocos econômicos e pelos avanços do Direito de Integração, tudo facilitado pelas tecnologias, como, exemplificativamente, a internet - a rede mundial de computadores (a sociedade da informação) - que não tem cara, não tem dono, não tem território, não tem governo.

Mas os fatores de crise do Estado do Bem-Estar Social não se axaurem aí, pois eles também decorrem daqueles problemas de ordem interna, muitos dos quais tiveram origem em seus acertos, como o aumento da expectativa de vida, a diminuição da natalidade e a insatisfação decorrente do nivelamento que a igualdade acaba trazendo, em detrimento ao mérito e ao esforço pessoal de cada um (das diferenças).

Com efeito, o Estado do Bem-Estar Social foi exitoso ao gerar saúde, educação, desenvolvimento e paz e, por conseguinte, o aumento da expectativa de vida da população dos países que adotaram esse modelo. Mas os sistemas previdenciários e de saúde pública não foram pensados e estruturados para esse aumento que, via reflexa, ensejou que as pessoas passassem a viver por muito tempo de aposentadoria, é dizer, a custas do Estado, fato que deu causa a um sobrepeso em seu orçamento, assim como contribuiu, gradativamente, para um aumento do *déficit* público.

Somado ao aumento da expectativa de vida, nos países desenvolvidos houve uma retração considerável na oferta de mão de obra, porque as famílias começaram a reduzir sensivelmente o número de filhos, o que constitui aqui e alhures um problema para o sistema capitalista de produção: ele depende de produção e de consumo.

Esse problema trouxe consigo um corolário de certo modo já destacado: o grande fluxo de imigração, a aceitação do trabalho por qualquer remuneração, com a abdicação de direitos sociais, e o correlato enfraquecimento dos sindicatos, bem como, a médio prazo, o abrandamento da própria legislação trabalhista, não tardando eclodir o preconceito também contra o imigrante, com imposição de restrições de acesso e subjugação de seu trabalho.

Além disso, em especial nos países desenvolvidos, havia uma irrefutável insatisfação em razão da pouca diferença salarial percebida entre os cidadãos, em pouca valorização do mérito pessoal, causa de recorrente desconforto. É dizer, alguns trabalhavam em grandes cargas horárias, mas recebiam, em contraprestação, pouco mais que aqueles que laboravam em horário reduzido. Outros exerciam profissões que

reclamavam alto grau de especialização; no entanto, ganhavam pouco mais que aqueles que executavam tarefas de pouca complexidade ou que não exigiam qualquer qualificação.

Por conseguinte, a proposta igualitária trazia um estado de pouquíssima mobilidade social, pois as pessoas tinham o essencial, sem muita expectativa em qualquer crescimento como produto do desforço e de sua capacidade pessoal, enquanto indivíduo único e irrepetível, um componente psicológico a melindrar a proposta do Estado Social e que leva a compreender por que pessoas que residem em países que adotavam modelos socialistas ou comunistas, onde possuem moradia, educação, saúde e alimentação, fujam ou queriam fugir de seus países, rumo ao desconhecido, evidenciando que o modelo essencialmente socialista é sentido como insuficiente à realização da condição de pessoa humana e sua dignidade, o que evidencia que sua leitura de solidariedade ainda não se encontra com o seu fundamento último.

Sem embargo das causas já abordadas, não é demasiado enfatizar como fator de crise do Estado de Direito Social, a corrupção sistêmica que em seu seio recorrentemente se instalou; o excesso de burocracia que ele gerou e o clientelismo a que ele se prestou pelo exercício distorcido e abusivo do poder.

Não se olvide, entretanto, que, embora as promessas do *Welfare State* não tenham se concretizado inteiramente nem no mundo capitalista, nem no socialista, ele teve (e tem, porque não desapareceu; estão aí as Constituições compromissórias, impregnadas com conteúdos liberais, sociais e democráticos, das quais são exemplos a Portuguesa e a Brasileira) o grande mérito de, no que respeita ao processo evolutivo da teoria dos direitos fundamentais, agregar à dimensão individualista, as dimensões do direito a prestações sociais e da *solidariedade* (ou da fraternidade) - o direito à paz, ao desenvolvimento, a um patrimônio comum da humanidade, à comunicação, a um ambiente equilibrado e sustentável, a autodeterminação dos povos, entre outros - que deitam, como vimos, suas raízes no senso de *justiça*, no reconhecimento da semelhança de todas as criaturas humanas, e exige um “*atuar humano, de origem nesse sentimento, cujo objetivo é o de possibilitar a vida coletiva, mediante respeito e responsabilidade para com terceiros, aos quais se deve tratar como se familiares fossem, e cuja finalidade subjetiva é a de se autorrealizar por meio da ajuda ao próximo*”.⁵³⁷

⁵³⁷ AVELINO, Pedro Buck. *Princípios da Solidariedade: Imbricações Históricas e sua Inserção na Constituição de 1988*. Separata de: *Revista de direito constitucional e internacional*. São Paulo: RT, n. 53, out/dez, 2005, p.250.

Ocorre que o Estado Social, como acima destacamos e consoante vai observado por Wambert Gomes Di Lorenzo⁵³⁸, pode tanto se definir como uma “*uma sociedade política que tem como princípio o da felicidade geral ou da utilidade*”, como pode também ser compreendido como “*um Estado que tem como função proteger o direito das minorias*”, “*uma sociedade securitária*”, “*um Estado Providência*” ou mesmo “*parte do corpo que tem como fim o bem comum da sociedade*”, ou seja, segundo muitos matizes que até se contraponham à essência da solidariedade.

Em outra formulação, em que pese todas essas definições traduzirem uma preocupação comum com a questão social, o fato é que cada uma dessas concepções, em boa verdade, não colocam a salvo a dignidade da pessoa humana nem consagram essencialmente a solidariedade, podendo mesmo constituir a sua antítese, na pretensão de construção de um ideal de máxima felicidade e de satisfação para os desejos dos indivíduos, segundo um humanismo em que o homem ainda é hipoteticamente pensado, ou seja, um arquétipo que tem por substrato uma natureza humana ideal e individualista, em que a busca se traduz muito mais como uma tentativa de conciliação de responsabilidade individual com solidariedade, ou seja, ainda impregnada pelo ideal liberal.

É o caso de sua conformação, por exemplo, sob o paradigma da *Providência*, ou o Estado Securitário, o provedor do *bem-estar*, por excelência; o guardião exclusivo da felicidade, um modelo estruturado sob a ideia de uma distribuição homogênea dos principais riscos da existência. Sob esse protótipo, “*o seguro seria uma perspectiva solidária do contrato, num espectro individualista de solidariedade, motivada pela ignorância do indivíduo acerca de sua própria condição humana e de seu futuro*”.⁵³⁹

E se a “mão invisível” com que os liberais julgavam poder disciplinar o mercado e satisfazer os interesses individuais veio, afinal, a se revelar ineficaz, traduzindo-se em enormes carências na prestação de serviços públicos essenciais e lançando no desemprego e na miséria largas camadas da população, o *Estado Providência* muito cedo se desmantelou⁵⁴⁰: o paternalismo assistencialista em que esse grande Leviatã se

⁵³⁸ DI LORENZO, Wambert Gomes, in *Estado de Solidariedade*, p.12.

⁵³⁹ DI LORENZO, Wambert Gomes, in *Estado de Solidariedade*, p.15.

⁵⁴⁰ A crise do paradigma social se acentuou, com efeito, pelo fato de, no início da década de 70, os conservadores, grandes empresários e industriais, os verdadeiros detentores do capital e dos meios de produção, já se encontrarem muito insatisfeitos com o *Welfare State*, eis que o referido modelo de Estado exigia uma grande arrecadação tributária para alcançar o fim de diminuir as desigualdades sociais e prestar assistência aos menos afortunados, o que diminuía, em muito, a margem de lucro, o que até então toleravam porque temiam o comunismo e o socialismo; preferiam os lucros a enfrentar a ameaça real de

viu às voltas o fez ingovernável e foi, aos poucos, enfraquecendo, em razão dos vícios políticos que consigo trouxe, de seu crescimento desordenado, do seu excesso de burocratização, do seu inchamento demasiado com responsabilidades inalcançáveis e promessas invencíveis, aliadas à escassez de recursos e à correlata necessidade de aumento da carga tributária para financiá-lo, bem como em razão da globalização econômica, facilitada pelos avanços tecnológicos, em especial, nos campos da informática e das telecomunicações.

Além desses e de outros motivos dessa crise que não nos importa aqui esgotar, a “infiltração” do Estado na seara privada teve, também, como consequência, no âmbito das relações intersubjetivas, a desresponsabilização de um indivíduo para com o outro, não obstante a dimensão social do homem que precisa do outro para se realizar em plenitude, dando, com isso, espaço a outras fontes de poder - os poderes sociais e privados -, cujo aparecimento veio a fundamentar, dentre outras razões, a imprescindibilidade da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais nas relações privadas.

Essa perspectiva irá, igualmente, repercutir, de especial modo, na ideia de que o Estado, numa acepção personalista, possa não ser concebido como o único, quiçá nem o primeiro (afinal, a República não somos nós?), agente da solidariedade, e na problemática da vinculação dos particulares a esse princípio constitucionalmente consagrado, sob a expectativa de uma corresponsabilidade pela concretização de tal princípio jurídico-político, nomeadamente, no contexto do Estado Pós-Social, em que se acentuam preocupações com as gerações futuras, perante as quais as gerações presentes, à partida, têm uma inequívoca obrigação: a de lhes deixar, na medida do possível, senão um mundo melhor, ao menos um mundo não pior do que aquele recebido de gerações anteriores, o que consubstancia uma ideia de preservação⁵⁴¹. Esse será o foco de nossa análise na segunda parte deste estudo.

uma sociedade em que nenhum cidadão é dono dos meios de produção e a propriedade privada é uma realidade distante.

⁵⁴¹ A propósito do cotejo entre o avanço da ciência e a natureza humana, vale a pena conferir Hannah Arendt (in *Entre o Passado e o Futuro*. Lisboa: Relógio d'Água, 2006, p. 277): “Para o cientista, o homem não é mais do que um observador do universo nas suas múltiplas manifestações. O progresso da ciência moderna demonstrou muito fortemente em que medida este universo observado, tanto na escala do infinitamente pequeno como na do infinitamente grande, escapa não só à imperfeição da percepção sensorial humana, mas até engenhosos instrumentos que inventamos para refinar essa mesma percepção”.

PARTE II - SOLIDARIEDADE: CONCEITO, FUNDAMENTO E FINS, NORMATIZAÇÃO JURÍDICA E VINCULAÇÃO

CAPÍTULO 1. A solidariedade: conceito, fundamento e projeção jurídico-política como princípio

Depois de examinarmos o processo histórico de sua afirmação, no objetivo de verificar se e em que medida a solidariedade - hoje consagrada como princípio da ordem jurídica, expressando, assim, uma normatividade positiva em nível nacional e internacional - vincula as entidades públicas e privadas, precisamos avançar no sentido de saber o que ela efetivamente é, qual é o seu fundamento último, o seu sentido e o seu papel, enquanto princípio de uma ordem normativa social e jurídico-política⁵⁴², mormente considerando que as sociedades de hoje, comparadas às do passado, são extraordinariamente complexas, o que não se deve somente ao aumento populacional, mas, também, às grandes expansões e diversificações das atividades que as pessoas exercem, das demandas que elas apresentam, nos mais variados estratos sociais em que vivem, do avanço da tecnologia, da globalização, da produção de riquezas e de geração de pobreza no mundo.

Nesse objetivo, o que se pode, à altura, afirmar, é que o conceito de solidariedade acompanhou a história da humanidade e o próprio processo de afirmação da pessoa humana e sua dignidade ao longo dos tempos.

A concepção da solidariedade, em outra formulação, sempre se achou intimamente ligada a compreensões em torno de liberdade, igualdade e de justiça em cada modelo jurídico-político, sendo, ora entendida como uma virtude, ora como finalidade de um bem-viver em sociedade; como um valor supremo de toda comunidade humana; como um dever do bom cristão, no sentido de caridade; como o próprio “*bem comum*” ou o trabalho conjunto de pessoas na sua construção da felicidade do todo e pelo todo definida; ora foi assimilada como um dever exclusivo do Estado para com os menos favorecidos, numa expansão do conceito de dignidade da pessoa humana; como tarefa

⁵⁴² Assim como Francisco Clementino Santiago Dantas (in *Palavras de um Professor*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pp.14-25), acreditamos haver uma relação intrínseca entre o fenômeno jurídico e o político. Se é certo que nem toda a política cria um direito, também é certo que criar um direito constitui, em alguma medida, a suprema verificação histórica a que se pode submeter a política, uma vez que o direito é, entre outras características, um fixador e um delimitador das inovações e das criações políticas, as quais têm vida e sentido efêmeros, se não produzirem desde logo um resíduo jurídico por meio do qual se incorporem à vida em sociedade, com isso querendo dizer que uma determinada política se legitima graças ao sistema jurídico que se mostre capaz de engendrará-la em fundamento sólido.

do Estado na edificação do *bem comum* por ele definido; como uma diretriz ou um objetivo a atingir em termos de política de desenvolvimento social; como um princípio conciliador entre a liberdade e a igualdade e, por isso, legitimador de intervenções estatais na seara privada; também, como um cânone hermenêutico de interpretação da Constituição; ou, ainda, uma regra padrão de inspiração para a esfera legislativa infraconstitucional⁵⁴³, sem prejuízo de outras visões do termo.

De plano, por tudo que vimos de afirmar, reiterando que o *ser* se manifesta de várias maneiras, podemos, de plano, sustentar que a solidariedade é algo que se apresenta mesmo sob uma dupla natureza: ela é, sem dúvida, uma virtude e, portanto, um valor (integrando, assim, o campo da ordem normativa moral como a própria dignidade humana). Com efeito, ela não deixa de ser isso também. Porém, ao mesmo tempo, solidariedade é um princípio jurídico-político, o que significa que esse valor foi expressamente acolhido pela ordem normativa jurídica e política, tanto no âmbito interno como externo, como vimos na primeira parte deste estudo ao referenciarmos a sua constitucionalização e seu acolhimento pela *Declaração Universal dos Direitos Humanos*.

Não é demasiado registrar, todavia, que *valor* e *princípio* são conceitos muito próximos, sendo até bastante comum à doutrina hesitar a respeito de uma verdadeira distinção entre os dois termos.

⁵⁴³ Ernest Forsthoff (*Concetto e Natura dello Stato Sociale di Diritto*. In *Stato di diritto in trasformazione*. Milão: Giuffrè Editore, 1973, pp.7 e s.) foi exatamente um expoente na defesa desse pensamento: o princípio da solidariedade nada mais é do que um cânone de interpretação da Constituição e um mesmo um cânone de inspiração no âmbito legislativo infraconstitucional. Isso porque o Jurista Alemão argumentava haver uma antinomia insolúvel entre o Estado de Direito e o Estado Social. A seu ver, o Estado de Direito estaria ligado às garantias individuais presentes na Constituição e aos indivíduos que caracterizam o Direito Privado Moderno, ao passo que o Estado Social se acharia vinculado a direitos sociais vinculados à legislação ordinária, a serem implementados pela Administração Pública. Do Estado Social não poderiam derivar nem direitos nem deveres; os direitos sociais e os deveres de solidariedade, decorrentes do princípio da solidariedade e incorporados pelas Constituições do século XX, na sua percepção, têm por destinatário somente o Estado e são, por isso, concretizáveis somente pela via da legislação ordinária. Semelhante postura encontraremos em Natalino Irti, inclusive pela influência do pensamento de Ernest Forsthoff. Analisando a Constituição Italiana de 1948, Natalino Irti (in *L'Etat della Decodificazione*. 3ª ed. Milão: Giuffrè Editore, 1979, pp.13-14) viria a compreender que o novo regime constitucional estaria destinado a se desenvolver por meio da legislação ordinária. Segundo o Jurista Italiano, na mesma esteira de Ernest Forsthoff, os deveres constitucionais exigem mediação da lei ordinária e do ato administrativo. Aliás, a própria Constituição, em sua concepção, desprovida de força normativa exige, como um todo, mediação legislativa infraconstitucional. Desse conjunto de ideias - que traduzem uma compreensão limitada de direitos sociais e deveres decorrentes do princípio da solidariedade social, enxergando-o como mera aspiração ou enunciado de intenção, e não como exigência ou pretensão efetivamente protegida - a ética solidarista somente se inseriria no sistema jurídico por meio de legislação ordinária, mediante a criação de microsistemas (como o Direito do Trabalho, o Direito Previdenciário, o Direito do Consumidor), mas não exatamente no Direito Civil (privado), onde tal ética não teria nenhum papel de relevo a desempenhar.

Por vezes, a distinção se afirma no tendencial caráter ético-moral do *valor*, em detrimento do caráter ou do conteúdo político do *princípio*. Ainda, há posturas que fundamentam a diferença na ausência de eficácia aos valores, que gozariam de superioridade frente aos princípios e que seriam mais gerais e não cogentes.

Robert Alexy⁵⁴⁴, por exemplo, apresenta a seguinte distinção: os *valores* expressam um conceito axiológico (o que é bom), ao passo que os princípios expressam conceitos deontológicos (o *dever-ser*). Nessa linha de raciocínio, Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero⁵⁴⁵ advertem que as normas apresentam um elemento axiológico (razões) e/ou elemento diretivo ou normativo (como guia de ação), elementos esses que se acham, geralmente, sobrepostos, compreendendo-os como uma espécie de “dupla face”, duas dimensões que acabam muitas vezes passando como se fossem uma só.⁵⁴⁶

Nossa posição pessoal é de que *valor* e *princípio* se distinguem apenas com duas perspectivas de análise de um mesmo objeto. Essa distinção tende a desaparecer quando se verifica uma correlação entre os valores supremos de uma sociedade - que só podem estar fundados na pessoa humana e sua inerente dignidade - e os princípios que devem garanti-los, de modo que estes abarcam aqueles.

Ou seja, quando uma sociedade reconhece a condição de pessoa humana e sua dignidade imanente como seu fundamento e seus fins, é dizer, como sua razão de existir - e, nesse contexto, a solidariedade - como seu valor supremo -, podemos interpretar o princípio da solidariedade como uma expressão ou um valor imanente da condição de pessoa e de sua dignidade, valor que impõe que sejamos também responsáveis pelo desenvolvimento de nossa personalidade e igualmente responsáveis pelo apoio no desenvolvimento da personalidade de outras pessoas com as quais comungamos da mesma humanidade, fazendo certo que a condição de pessoa humana não contempla somente direitos fundamentais, tampouco aquelas obrigações que lhes são correlatas, mas, também, deveres fundamentais, os deveres de solidariedade.

Assim, ao nosso sentir, *valor* e *princípio* determinam duas noções que, embora distintas, não se excluem: o *valor* adensa o princípio, dando-lhe apenas substrato;

⁵⁴⁴ In *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p.139 e s.

⁵⁴⁵ In *Las Piezas del Derecho - Teorías de los Enunciados Jurídicos*. Barcelona: Ariel, 1996, p.131.

⁵⁴⁶ Joana Tavares da Silva Rapozo (in *Limites do Princípio da Solidariedade na Instituição de Contribuições Sociais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.16) sublinha que “*existe, sem dúvida, uma relação evidente entre valores e princípios. Os princípios correspondem à função normativa da linguagem ou a um discurso normativo em um sentido forte. Já os valores, à função valorativa da linguagem ou, em outras palavras, a um discurso normativo em sentido débil. Ambas as funções da linguagem se realinham sob o discurso normativo-valorativo ou prescritivo.*”

aquele define o critério de valoração; este, albergando-o, constitui uma espécie de norma que se funda em um determinado valor, daí sendo possível afirmar que *um princípio se constitui a partir de um valor*. O valor anima o princípio que, à sua vez, é cogente independente da ordem normativa que integre (não necessariamente jurídico-política e não necessariamente positivada), o que significa que o princípio da solidariedade se constitui a partir do valor solidariedade, enquanto forma de expressão da *justiça*, que decorre imediatamente da dimensão necessariamente social do ser humano.

Por tais razões, compreendemos a solidariedade como algo que pode ser visualizado tanto como um *valor* quanto como um *princípio* a ser daquele extraído; um *valor* ético e jurídico-político esteja ele ou não positivado numa Constituição, podendo ser definido como uma forma de expressão da justiça, que se realiza como uma obrigação moral e, concomitantemente, como um dever social e jurídico-político, impondo-se, todavia, não olvidar que, seja valor, seja princípio, a solidariedade será sempre algo a concorrer com vários outros que tomam parte em um sistema normativo.⁵⁴⁷

Enquanto virtude, a solidariedade sempre pode ser lida como um hábito que nos aproxima do bem. Nesse sentido ela foi compreendida, como vimos, desde a Antiguidade e se mantém até os dias atuais, podendo ser entendida como uma espontaneidade no auxílio ao próximo, como caridade, benevolência, filantropia ou liberalidade. Ricardo Lobo Torres⁵⁴⁸ inclusive se refere a ela como um valor extremamente ambíguo, que, na esfera jurídico-política, *penetra, assim como a igualdade, tanto na ideia de liberdade como na ideia de justiça*.

⁵⁴⁷ Por essa razão, alguns autores sustentam que a solidariedade é um princípio vazio, de conteúdo indeterminado, que só passaria a assumir um conteúdo quando combinado com outros princípios. É, no Brasil, por exemplo, o que leciona Ricardo Lobo Torres (*A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade*. In Torres, Ricardo Lobo (Org.) *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp.397-450). Contudo, ao nosso modo de ver, ao contrário de ser um *postulado normativo aplicativo*, para usar uma expressão de Humberto Ávila (in *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003, p.80 e s.), o princípio da solidariedade não estrutura a aplicação do Direito em função de elementos e da relação entre eles (a depender de um critério diferenciador e de um fim a ser alcançado), mas, antes, atua na sua definição e na sua legitimação. Por tudo, temos que o princípio da solidariedade é estruturante, constitutivo e indicativo de ideias diretivas básicas de toda ordem constitucional, parafraseando José Joaquim Gomes Canotilho (in *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, pp. 1164 e s.), “*um verdadeiro pilar jurídico-constitucional do estatuto jurídico-político, porque decorrente de forma direta e imediata da própria dignidade da pessoa humana*”.

⁵⁴⁸ *Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos*. In *Teoria dos Direitos Fundamentais*. TORRES, Ricardo Lobo (Org.). 2ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 301.

Como imediatamente decorrente da condição de pessoa humana e de sua dignidade intrínseca, em sua dimensão necessariamente social, assim como na condição de princípio da ordem jurídica e política, com efeito, a solidariedade não deixa de estar ligada às mesmas noções de *liberdade*, *segurança* e de *justiça*, segundo uma ideia de *igualdade* substancial, constituindo, em qualquer uma dessas hipóteses, um conteúdo especialmente vinculado às ideias de *dignidade do ser humano*, de *sociabilidade inata*, de *responsabilidade*, de *direito à segurança*, de *redistribuição da riqueza*, seja nas relações pessoas, seja na via da *Justiça Social*, seja na via da *Justiça Política*.⁵⁴⁹

Em sendo assim, tal qual a liberdade e a justiça, heterovinculantes, fundadas numa compreensão de igualdade material, sendo a solidariedade uma forma de sua expressão, não nos parece razoável sustentar que a liberdade e a igualdade tenham surgido como conceitos jurídicos, com operacionalidade técnica e funções definidas como vinculantes dentro dos sistemas jurídicos e a solidariedade tenha sido relegada à mera condição de virtude ou valor, sem obrigação não realizável juridicamente, por ausência de operatividade. Como princípio da ordem jurídico-política, a solidariedade é norma e, enquanto tal, ela é dotada de força vinculante, embora, por ora, não se vá adentrar, neste momento, da intensidade dessa força, nem examinar quem são os seus destinatários.

Como princípio da ordem jurídico-política, embora Aristóteles já sinalizasse para a imprescindibilidade da vida coletiva, afirmando para ela uma finalidade de bem-estar que só se mostrava possível na *polis*, a solidariedade se afirma como uma ideia da Modernidade, muito especialmente, do final do século XIX e início do século XX, constituindo, portanto, um fenômeno recente que vai dizer que ela deve necessariamente ser o princípio orientador da política e reitor da vida (ou ordem) social. Aí, já estamos falando de um princípio vinculante da ordem jurídico-política.

Sem embargo, estamos seguros de que todas as leituras e compreensões em torno da solidariedade não se mostram adequadas, tampouco é possível dizer de seu fundamento último, senão em face de um entendimento ou de uma concepção em torno da própria *pessoa humana* e de sua *dignidade*.

Pois bem. Tanto a ideia de *pessoa* como de *solidariedade* são conceitos que se sedimentaram na Filosofia Cristã e se encontram umbilicalmente ligados. O conceito de

⁵⁴⁹ Importa registrar que no modelo de justiça social, a intervenção na redistribuição se opera diretamente por meio do Estado, bem assim indiretamente, pela regulamentação da ordem econômica, e pela utilização dos recursos financeiros para a promoção do desenvolvimento social (exemplificativamente, nas vias da isenção fiscal, renúncia de receitas e subsídios); no modelo de justiça política, o Estado reduz a regulação da economia, mas passa a promover a redistribuição de rendas pelas próprias instituições políticas (Administração, Fisco, e pela concretização dos princípios constitucionais ligados à justiça).

pessoa constitui um dos maiores legados do Cristianismo à cultura ocidental, como afirmamos no decorrer da primeira parte desse estudo.

Antes disso, tínhamos um homem relativizado que, embora considerado a medida de todas as coisas, não continha um valor em si mesmo (Protágoras). Se tudo era relativo, até o valor do homem igualmente o era. Na sequência, surge o homem numa compreensão estratificada, que passou a ser uma ideia, algo que apenas parecia existir, e cuja liberdade só conhecia na morte (Platão), não se reconhecendo a ele qualquer direito oponível ao poder político. Seguiu-se o homem como um animal racional, ainda estratificado, uns com mais valor que os outros, reconhecido como dotado de uma sociabilidade inata, inserido na coletividade para viver melhor (Aristóteles) e que só na esfera política encontrava a sua perfeição, sua razão de existir. Esse homem foi erigido, no Estoicismo, informado pelas ideias de imperturbabilidade, de extirpação das paixões e de aceitação resignada do destino, à condição de *indivíduo*, pela participação no divino, mas sem um reconhecimento efetivo de uma dignidade inviolável inerente a ele próprio, tampouco de direitos fundamentais, porque a liberdade também alcançava o seu apogeu na morte, com a libertação do corpo.

A personificação do homem, enfatizou Tércio Sampaio Ferraz Leite⁵⁵⁰, constitui “*uma resposta cristã à distinção, na Antiguidade, entre cidadãos e escravos. Com a expressão pessoa obteve-se a extensão moral do caráter de ser humano a todos os homens, considerados iguais perante Deus*”.

Partilhando esse ponto de vista, Celso Lafer⁵⁵¹ sustenta, com propriedade, que o Cristianismo retomou e aprofundou o ensinamento judaico e grego, difundindo, por meio da evangelização, a ideia de que a cada pessoa humana corresponde um valor absoluto no plano espiritual e, nesse sentido, o ensinamento cristão é formador da própria mentalidade que tornou possível o tema dos *direitos humanos* (em cujo contexto se insere a solidariedade).

Pode-se então dizer que só com o advento do Cristianismo - e aqui não estamos fazendo nenhuma apologia religiosa -, quando surge no cenário histórico a ideia de *pessoa* (núcleo das doutrinas humanistas que floresceram sob a designação de *personalismo* e que precede, em muitos séculos, a formulação dos direitos do homem e as construções filosóficas dos séculos XVIII, XIX e XX) e de sua correlata dignidade enquanto tal, é que ganha corpo a ideia de *solidariedade*, pois, antes, não havia uma

⁵⁵⁰ In *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atleas, 1996, p.156.

⁵⁵¹ In *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p.119.

epistemologia de base que permitisse reconhecer que somos devedores uns dos outros e, bem por isso, corresponsáveis pelo destino de nossos semelhantes.

Anteriormente ao Cristianismo, como vimos, as compreensões sobre o homem eram distantes da ideia de pessoa dotada de uma dignidade intrínseca comum a todos os homens, na medida em que constituíam uma sociedade que permitia a estratificação e a reificação do ser humano, tanto em nível familiar quanto comunitário, sem embargo de que os gregos já se preocupavam com a *igualdade* a sustentar a justiça em mais de uma perspectiva.

Aliás, os gregos já associaram a ideia de igualdade à de liberdade; tratava-se da chamada *liberdade para* (as condições da liberdade) ou *igualdade de chances*, que se contrapunha à ideia de igualdade de resultados, esta integrante da ideia de igualdade na justiça.

Os gregos identificaram muito bem que os seres humanos eram desiguais, e que por isso, o papel do *jus* - expressão que hoje designamos como “Direito”⁵⁵² - era justamente o de igualar os homens (igualdade por meio da lei) que, materialmente, eram desiguais.⁵⁵³

Então, se os indivíduos eram desiguais, sob esse enfoque, era por meio do *critério* (o ponto de partida segundo a igualdade de chances) que se poderia igualizá-los. Os

⁵⁵² Na Antiguidade, a palavra Direito não existia. Os romanos somente conheciam a palavra *jus*. A deidade da justiça romana, a deusa *Justitia*, tinha os olhos vedados e, na mão, uma balança. Diferentemente da deusa Diké (grega), a balança da deusa *Justitia* tinha um fiel, que é aquela agulha, aquele ponto, que tem que ficar reto quando a balança estiver em posição de equilíbrio. A balança da deusa *Justitia* só estava em posição de equilíbrio quando o fiel ficava “de recto”, realizando, desse modo, o papel do “jus” (designação romana para o que hoje chamamos Direito enquanto conjunto normativo). Assim, quando a *chivitas* (a cidade) estava em posição de *justum*, a sua balança ficava com o seu fiel em posição de justo (*justum*) e isso era percebido, porque o fiel da balança ficava “de recto”. Então, passou a dizer, em Roma, que o papel do “jus” ou o fim do “jus” era o “de recto”, palavra que vai substituir o *jus* e passa ser usada na idade média, trazendo consigo toda uma carga axiológica e valorativa que, por si só, denuncia o grande equívoco do Positivismo Jurídico, ao pretender o Direito como um conjunto de normas ascéticas, sem valor, divorciado da ideia de justiça.

⁵⁵³ Esse é o motivo pelo qual a deusa da justiça grega - a deusa Diké -, diferentemente da deusa *justitia romana*, não tinha venda nos olhos. Como o Direito grego era todo legislado, a deusa Diké tinha, ao revés, os olhos bem abertos para a *pólis*, para ver se as normas estavam sendo aplicadas de forma igualitária, ou seja, se a norma posta estava sendo aplicada na vida social, e se a *pólis* estava em equilíbrio, enfim, se o *nomus* (que literalmente significa lei), o Direito legislado, estava sendo aplicado na *pólis*, de sorte que, a divindade da justiça, de olhos bem abertos, visualizava se a *pólis* vivia o *nomus*, isto é, vivia a lei, pois, se assim fosse, a sua balança estaria na posição de *ison*, indicando equilíbrio, igualdade (*ison* + *nomus* = isonomia, igualdade perante a lei), significando que o legislador havia cumprido justamente a sua tarefa que era, portanto, a de realizar a justiça distributiva. Seu escopo era a distribuição dos bens da *pólis*; por isso, quando Diké observava que o *ison* havia sido quebrado e que a balança ficava em posição de desequilíbrio, isso reclamava a intervenção da *Justiça Corretiva* (justiça do juiz). Como se vê, a *Justiça Distributiva* relacionava pessoas e coisas, coisas que eram devidas às pessoas, independentes de direitos; já *Justiça Corretiva* (a do juiz) relaciona coisas com coisas. Enquanto uma se realizava numa lógica geométrica, segundo um critério de proporcionalidade, a outra seguia a racionalidade da igualdade absoluta (seguindo, portanto, uma progressão aritmética).

gregos, portanto, legislavam no intuito de buscar a igualdade (*ison*) pela norma (*nomus*), promovendo a isonomia (equidade) que a tradição traduziu por igualdade (todos com o mesmo direito à liberdade para).

Bem por isso, os Antigos, compreendendo por *justiça* “*dar a cada um o que lhe é devido*” (*suum cuique tribuere*), desenvolveram alguns critérios para definir o que era devido a quem, a fim de, a partir deles, distribuir os bens da *pólis*. Esses critérios eram o *mérito* (conjugado com a necessidade), a *transmissão* e o *nascimento*. Se alguma coisa era devida a alguém, o fundamento do débito estava, invariavelmente, ligado a algum desses critérios.

O primeiro, o *mérito*, como parâmetro para a mensuração do quinhão de bens e encargos que deveria ser atribuído a cada um, envolvia direitos e obrigações; dito critério se achava associado ao da necessidade, e era com este conjugado racionalmente. Resultava dessa conjugação a ideia de atribuir maiores quinhões de bens conforme a maior necessidade e o maior mérito, ao mesmo tempo em que determinava quinhões menores de bens mais vultosos de encargos aos mais abastados⁵⁵⁴, dado que podiam mais e precisavam menos.

O mérito, por outro lado, na percepção grega, reclamava também liberdade. Até os dias de hoje, pode-se afirmar o mérito como o resultado de uma conduta; ele decorre da vontade humana e exige livre arbítrio; o mérito, em suma, sempre será o resultado objetivo de uma conduta, esta compreendida como uma atuação livre e consciente do ser humano. Na Grécia, por exemplo, o mérito era o critério adotado nas olimpíadas, em que o ponto de partida era idêntico para todos. Dali para frente, era o esforço (ou mérito) pessoal de cada um que definiria o direito de se sagrar vitorioso.

Além de dar a cada um segundo o seu mérito (e necessidade), os gregos adotavam o critério da *transmissão*; algo era compreendido, pelos gregos, como devido a alguém, porque havia sido transmitido ao credor (por compra, venda, doação, herança etc.); o débito resultava do fato de o credor ter adquirido o direito de que algo lhe fosse transmitido.

Por fim, o critério do *nascimento* também conferia direitos, como por exemplo, o direito ao nome e aos títulos que, naquela sociedade estratificada, poderiam dele decorrer, dentre os quais, o mais importante, o título de *cidadão*, na medida em que a cidadania grega implicava um conceito clânico, proveniente dos gens, tanto no solo

⁵⁵⁴ Prática que até hoje consagramos no princípio da capacidade contributiva (em matéria tributária) e como Justiça Social e Distributiva.

como na consanguinidade. Logo, o nascimento servia ao discernimento das autoridades públicas, especialmente na concessão de honrarias.

Já o pensamento Cristão, ao introduzir a ideia de pessoa e de uma dignidade inata, também não desconheceu as diferenças e a desigualdade entre os homens que os gregos já tinham muito bem identificado; ao contrário, ele reconhecia essa realidade. O Cristianismo veio, entretanto, a afirmar que essa postura dos Antigos não era *absoluta*; que havia, sim, critérios materiais, e não meramente formais, que permitiam sustentar que, sob determinada perspectiva material, todas as pessoas eram iguais.

A Filosofia Cristã, com base nesse entendimento, sustentou que, ao menos sob dois aspectos, todas as pessoas são literalmente *iguais*, sem exceção, do quadrante norte ao sul, de leste a oeste, no oriente ou no ocidente, enfim, em todos os recantos deste planeta e em todos os tempos: todas as pessoas são absolutamente iguais em *natureza* e em *dignidade*.

Em outra formulação, o Cristianismo se deu conta de que nossas relações de igualdade não são meramente relações formais; que existem, embora reduzidos, *critérios de igualdade substancial* e que tais critérios são precisamente *a natureza e a dignidade da pessoa humana*.

Disso resultou a percepção Cristã de que a *dignidade da pessoa humana compreendia direitos e deveres* - não apenas negativos, mas, também, positivos ou prestacionais, em relação às demais pessoas -, o que muito bem podemos conferir nas Cartas Encíclicas às quais nos referimos na primeira parte deste estudo.

Observe-se, ainda, em primeira linha, que o próprio Cristianismo nos traz o conceito de *pluralismo* e nos mostra que esse legado também é Cristão. Os antigos não conheceram o pluralismo que não fazia parte de sua realidade e do pensamento da época, na medida em que admitiam a coisificação do ser humano, compreendendo que alguns seres humanos eram superiores a outros, seja pela estratificação, seja pela escravidão, seja pela inteligência.

Equivoca-se, por isso, quem sustenta que o *pluralismo* é um conceito de vanguarda, desenvolvido na pós-modernidade, pelo neoliberalismo ou pelo neoconstitucionalismo, pois é da Filosofia Cristã que vem a ideia de que todos nós somos o mesmo, sem sermos iguais; é dela que se origina a noção de a sociedade ser *um todo composto de vários todos*; de cada pessoa ser um todo e um infinito em si mesma, e *da solidariedade como algo ínsito da própria condição humana*, dentro da ideia de que *o indivíduo existe para si e para o todo*, e o todo para o indivíduo e para todos os indivíduos, germinando a

noção do *personalismo*, doutrina que veio a se desenvolver especialmente após a Segunda Guerra Mundial, e que passou a designar uma corrente de pensamento ético-político que se opõe tanto ao individualismo como ao coletivismo na concepção de pessoa.

Nesse *pluralismo* radica exatamente aquilo que a Filosofia Cristã definiu como *pessoa humana*⁵⁵⁵: um todo (um infinito, o ser humano) dentro de um todo (a totalidade da humanidade); um todo que está dentro de outro todo, pois cada pessoa é, em si, *um todo dentro de um todo social* (que se pode expressar como dois círculos concêntricos).

Malgrado, esse entendimento remonta a Parmênides, filósofo grego cujo pensamento perscrutamos na primeira parte desta investigação, e que afirmava que o *Ser* se apresentava, ao mesmo tempo, *Uno* (Todo ou Universal) e *Múltiplo* (partes ou particulares). Tal qual em qualquer organismo vivo, a célula é um todo em si mesma, em que pese contenha em si partes menores que a integram, assim como um órgão vital, embora um todo em si, faz parte de um todo maior que é o corpo humano. Aristóteles já tinha preconizado algo de similar racionalidade: os membros, dissociados de um corpo, não têm função ou razão de existir.

Com isso, o *personalismo* quer dizer que o próprio homem, enquanto ser dotado de vida física, psíquica e espiritual, é um ser completo, *uma unidade individualizada*; mas é, também, e ao mesmo tempo, um ser com o outro ou com outros, porque, entre a unidade e a multiplicidade que integram a dignidade da pessoa humana, há uma relação de interdependência e de alteridade, existindo entre elas uma dialética, pois unidade e multiplicidade não podem deixar de conviver, nessa linha de reciocínio, sob pena de perecimento do ser. É essa condição de pessoa una e múltipla que nos permite, nessa leitura cristã, falar em *solidariedade* ou *princípio da solidariedade* que, destarte, inexistiria, não fosse própria condição de ser *pessoa*.

Quando, então, empregamos a expressão “pessoa humana”, isso poderia até parecer uma redundância, mas, na compreensão Cristã, não é, tampouco foi compreendida como

⁵⁵⁵ Que encontra, aliás, uma clara definição na Constituição do Japão que, em seu artigo 13, estabelece: “*Todas as pessoas deverão ser respeitadas como indivíduos. O direito à vida, liberdade, a busca pela felicidade, contanto que não interfira ao bem-estar público comum, serão de suprema consideração na legislação e em outras instâncias governamentais*”. Já o seu artigo 14 dispõe: “*Todas as pessoas são iguais perante a lei e não deverá acontecer discriminação nas relações políticas, econômicas e sociais por causa de raça, credo, gênero, posição social ou origem família. Os nobres e a nobreza não serão reconhecidos. Nenhum privilégio, condecoração honorária ou distinção deverá ser entregue aos indivíduos que possuam esse status durante suas vidas*”.

uma distinção para evitar uma possível confusão em relação às pessoas não humanas (entidades coletivas, por exemplo).

Na acepção Cristã, pessoa é um conceito sobre o homem: *o homem é pessoa*; no substantivo *pessoa* temos o indivíduo; no adjetivo *humana* temos o gênero, a humanidade inteira. E se todo homem é pessoa, resulta que cada um contém em si a humanidade toda.

Ser pessoa é ser, nesse paradigma *personalista* Cristão, tanto individual como social. Ser pessoa é ser único e irrepetível, um ser inteiro; como é conter em si toda a humanidade, e, ao mesmo tempo, ser em si relacional. Ser pessoa implica a capacidade de ser um todo infinito, dotado, por essa condição, de uma dignidade intrínseca que é, pela condição humana, individual e social, e nos confere direitos ao mesmo tempo em que nos comina obrigações (deveres).

No personalismo Cristão, não se vê primazia do indivíduo sobre o coletivo; a *condição de pessoa configura a síntese dialética entre o individual e o social*. Também ele não diz, para além de um jusnaturalismo divino, quais são os elementos essenciais desse indivíduo e da dignidade imanente que lhe preconiza. Tampouco coloca na esfera de decisão do indivíduo a definição de seus fins próprios em detrimento dos fins de sua reconhecida dimensão social.

Ademais, muito embora o Cristianismo tenha construído a ideia de pessoa (individual e concomitantemente social, de lhe conferir uma dignidade, por ser ela, em Cristo, a personificação de Deus na Terra, sendo feita à sua imagem e semelhança), a história põe cobro no que respeita à ausência de correspondência entre a teoria e a prática. Falamos aqui, a título meramente ilustrativo, da perseguição de Giordano Bruno, em razão de sua obra *O Universo Infinito*, dantes referida, pela qual a *pessoa* Giordano Bruno foi levada à morte na fogueira em 1600.

Também não se pode desconhecer o fato de o *Concílio de Trento* ter se reunido, durante 15 anos aproximados (1545-1560), para traçar estratégias e mudanças no Catolicismo Romano, entendidas como necessárias ao combate contra a Reforma de Lutero, iniciada em 1517, criando, entre outras providências, o *Tribunal do Santo Ofício*, que deu forças novas à *Inquisição* como instituição repressora das novas ideias, para manter seus dogmas, com atuação especial na Espanha, na França, na Itália e em Portugal. Portanto, o próprio Cristianismo não procedeu segundo sua doutrina e seu dogmatismo filosófico, pois matou um sem número de pessoas para impor seus

preceitos e seus princípios e, segundo sua compreensão de pessoa, matou a humanidade inteira.

Igualmente, a História não nos permite esquecer de sua repressão a Galileu Galilei (1564-1642), por sua “*Mensagem Celeste*”, quando, com o auxílio do telescópio, o aludido físico, astrônomo, matemático e filósofo florentino registrou e divulgou uma série de evidências empíricas que confirmavam a teoria heliocêntrica do Sistema Solar de Copérnico (proclamando o *Universo Infinito*). A simples publicação da obra desencadeou uma reação violenta contra a heresia da teoria copernicana, que rendeu a condenação de Galileu, pela Inquisição, em 1633, quando foi considerado culpado de crime abominável, cuja pena deveria ser cumprida na masmorra do Santo Ofício, que somente não foi cumprida porque o Cientista, para evitá-la, se desdisse, ventindo-se de branco, ajoelhando-se e fazendo jura de que sempre acreditara nos ensinamentos da Igreja, abandonando a ideia do movimento da Terra ao redor do Sol, teoria que jamais iria repetir.

Não se pode, ainda, deixar de sublinhar a contradição de uma doutrina que, por um lado, constrói uma teoria em torno da pessoa humana, com base na ideia de que, pela personificação de Deus em Cristo e por sermos todos criados à imagem e à semelhança de Deus, somos todos irmãos por natureza e iguais em dignidade; e, por outro, persegue, tortura e trava guerras religiosas cruentas e duradouras que, como dito, chegaram ao seu auge no Século XVII, com a Guerra dos Trinta Anos, projetando-se por toda a Europa Ocidental, demonstrando que a igualdade e a dignidade que profetizou era também estratificada, pois só valia para os que comungavam dos dogmas da Igreja Católica, uma negação à ideia de liberdade religiosa que também se insere no conceito de liberdade e de dignidade.

Embora a antropologia de base da Filosofia Cristã fosse, não sem as críticas acima, de natureza *personalista*, sinalizando para a condição relacional da pessoa humana, a Modernidade construiu um entendimento diferente em torno da ideia de uma *natureza humana* e de uma *dignidade intrínseca da condição de pessoa humana*.

Porém, o fez sob uma antropologia exclusivamente individualista, isto é, reconduzindo o homem à condição de indivíduo, alijando-o de sua dimensão social, reconhecendo-lhe apenas direitos fundamentais pelo simples fato de sê-lo, silenciando sobre *deveres*, pois estes se restringiam àqueles correlatos a direitos e se circunscreviam à ideia de um direito individual *erga omnes* de respeito aos direitos pré-estatais inatos,

inalienáveis, irrenunciáveis e irrepetíveis, da pessoa humana, uma esfera de liberdade intangível, que se impunha ao Estado e às demais pessoas.

Tanto é assim que a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789, não se ocupou desse tema, como era bem próprio de sua ideologia, e a solidariedade, como princípio orientador da política e reitor da ordem social, não ultrapassou, como assinalou José Casalta Nabais⁵⁵⁶, algumas manifestações da Declaração de Direitos da (rejeitada) Constituição Gidorina e, depois, da Declaração de Direitos Jacobina.

Embora não houvesse espaço no pensamento liberal para a ideia de uma responsabilidade jurídica comunitária, a solidariedade em si não lhe foi completamente estranha. Aliás, já os juristas romanos empregavam essa palavra para “*designar o laço que une os devedores a uma soma de dívida, cada um sendo responsável pelo todo: era a responsabilidade ‘in solidum’, a responsabilidade solidária*”.⁵⁵⁷

Neste sentido, o termo solidariedade, também no Estado Moderno, foi utilizado para designar uma situação em que os sujeitos ativos e passivos se achavam solidários numa *obrigação*, consubstanciando uma ideia de corresponsabilidade ante um dever ou expectativa de um direito. À altura, o termo resgata sua etimologia latina, consoante destacamos na primeira parte deste estudo, como uma ideia de algo inteiro, compacto, mas que se coloca, necessariamente, na correlação *direito-dever* ou de débito e crédito.

Com essa conotação, a dogmática jurídica, a princípio, se apropriou do termo solidariedade exclusivamente para significar a existência de uma pluralidade de pessoas como sujeito único de uma relação jurídica, em que cada um está obrigado à dívida toda ou com direito de exigi-la totalmente de um só dos coobrigados⁵⁵⁸, em especial, quando se trate de uma relação que envolva questões econômicas ou de corresponsabilidade civil e penal.

Ela tinha e tem, nessa perspectiva, como fonte, a convenção (o contrato) e a lei (a vontade do legislador). É o que diz o artigo 265 do Código Civil Brasileiro⁵⁵⁹ e, também, o que dispõe o artigo 513º do Código Civil Português⁵⁶⁰ - para ficar em dois exemplos -, quando os respectivos legisladores ordinários tratam das origens da solidariedade.

⁵⁵⁶ In *Por uma Liberdade com Responsabilidade*, p.73.

⁵⁵⁷ CASTRO FARIAS, José Fernando. In *A Origem do Direito de Solidariedade*, p.188.

⁵⁵⁸ Consoante lição de Maria Helena Diniz in *Curso de Direito Civil Brasileiro*. V. 2, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.152.

⁵⁵⁹ Art. 265. “A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes”.

⁵⁶⁰ Art. 513º. “A solidariedade de devedores ou credores só existe quando resulte da lei ou da vontade das partes”.

Solidários, nessa postura - destarte, desvinculada, na Modernidade, de qualquer ideia de valor ou de virtude moral -, são aqueles sujeitos que, achando-se em um só polo da relação obrigacional, estão aptos a receber a dívida inteira (o devedor se desonera se satisfizer a qualquer um deles a obrigação, pois há, na hipótese, uma concorrência de credores); ou são aqueles sujeitos que, individualmente, estão obrigados a solver a dívida inteira (casos em que há multiplicidade de sujeitos no polo passivo).

Em qualquer conjuntura, verifica-se haver pluralidade subjetiva e unidade de objeto, constituindo a essência do instituto da solidariedade em se tratando de direito obrigacional.

A solidariedade, portanto, era matéria afeita ao direito obrigacional, ou seja, ao Direito Privado. As Constituições liberais, que intentavam apenas disciplinar o poder, notadamente, a organização do poder político e seus limites frente à liberdade individual, em especial, quanto à abstenção, consubstanciados nas liberdades públicas, não abriam espaço para a ideia de corresponsabilidade de uma pessoa para com a outra, para com outros ou para como o todo. Aliás, essa perspectiva estava na contramão de direção da proposta liberal de separação do Estado e da Sociedade e de seus postulados de implementação de uma dicotomia entre a Política e a Economia. A Constituição não era, definitivamente, um lugar próprio de disciplina das relações entre os particulares.

De efeito, na *Era das Codificações* - onde se destacou o Código Civil francês, de 1804 (Código Napoleônico) -, eram os Códigos Civis que faziam as vezes do que hoje compreendemos por “Constituição” (como *estatuto da pessoa* na sociedade política) e, não raro, eram denominados “*Estatutos do Cidadão*”. Eles, via de regra, consagravam tão só a ideia romana de solidariedade obrigacional.

Separado o Estado da Sociedade Civil, era nos Códigos que as relações intersubjetivas encontravam o seu regramento; neles, eram fixadas as “regras do jogo” do convívio dos indivíduos entre si, tendo por protótipo, evidentemente, o indivíduo liberal, ou seja, um ser livre, independente e formalmente igual (igualdade garantida perante a lei), submetido apenas à sua vontade, à sua autonomia, onde se desvanecia qualquer noção de responsabilidade comunitária que, em face do processo de laicização, ficara relegada, à partida, a ideia de caridade e de benevolência. Uma virtude moral ou do bom cristão.

O homem repita-se, não obstante sua personificação aos moldes da Filosofia Cristã, na Modernidade, foi reconduzido à condição de indivíduo, mas, agora, lhe é reconhecido como um indivíduo dotado de uma dignidade imanente e de uma esfera de

liberdade oponível em face do poder político e por ele impenetrável; e, às leis, enquanto integrantes do *Estatuto do Cidadão*, pouco importava, naquele ambiente individualista-voluntarista, alheio a valores e a conteúdos morais, como o indivíduo proprietário ou contratante se utilizava de seus bens (se para o bem ou para o mal), ou mesmo com a sua abstenção em cuidados para com as outras pessoas (fora de seu espectro familiar).

Não era do indivíduo a obrigação ou o dever de se preocupar ou atuar em efetivo no sentido de que os outros não perdessem suas vidas, muito menos pela miséria. Isso era problema de cada um, consequências de escolhas - próprias da liberdade formal - individuais de cada um, e, quando muito, era problema do Estado que, por ser um ente que devia ser manter equidistante das relações sociais e econômicas, incumbindo-lhe exclusivamente a defesa da liberdade e da propriedade, no máximo, poderia oficializar a caridade, por meio dos socorros públicos (pela perspectiva mutualista, assistencialista e paternalista), que só muito adiante apareceram na Modernidade, com a afirmação do Estado Social.

Nem a *fraternidade* da trilogia revolucionária francesa deu conta de abrandar o voluntarismo e o individualismo do homem liberal, sua compreensão de dignidade imanente - alheia à dimensão necessariamente social da pessoa humana - e suas consequências, pois, em que pese virtuosa, ela não representou, a seu tempo, o reconhecimento de um vínculo efetivo, concretizador de uma responsabilidade comunitária, estando antes afeita à tradição de comiseração ou de um ato filantrópico, não transcendendo a noção de uma obrigação moral ou religiosa. Ela permaneceu confinada ao reduto da consciência, *justamente por uma visão equivocada ou, no mínimo, incompleta e reducionista em torno da pessoa humana e da dignidade que dessa condição decorre*, à altura compreendida como dignidade do indivíduo, em contraponto ao personalismo Cristão, de base jusfilosófica divina que impunha, a todos, deveres no âmbito sobrenatural, pela Igreja, e no plano material, pelo Estado.

Não é difícil concluir que, se a liberdade e a igualdade, muito embora tenham sido guindadas, nos primeiros Estados Constitucionais, à dignidade de princípios fundamentais inerentes à condição humana e, portanto, concebidas como categorias inatas, pré-estatais, irrenunciáveis, indisponíveis e, por conseguinte, não suscetíveis de criação estatal, demandando apenas o seu reconhecimento de parte do Estado, não foram, nem sozinhas, nem em conjunto, suficientes para dar respostas satisfatórias a

todas as necessidades legítimas do ser humano⁵⁶¹, tampouco foram aptas para propiciar uma leitura adequada para a dignidade da pessoa humana que, no ideário liberal, seguia só e isolada em sua individualidade e reduzida ao conceito liberal de liberdade: autonomia da vontade.

E mesmo ao agregar-se a tais princípios o conteúdo do lado de base do triângulo esotérico, *a fraternidade*, esta também representou muito pouco, nada além de uma realidade abstrata, formal, significando, no máximo, uma proclamação tendente a rechaçar a inimizade e a hostilidade entre os homens; quimérica, em qualquer caso, porque arraigada numa compreensão reducionista e equivocada dos elementos essenciais do homem e da condição de pessoa humana, enfocando apenas a essência individual de sua dignidade mal compreendida: a liberdade em sua faceta liberal e formal.

Em suma, a base antropológica do liberalismo, muito embora proclamasse a fraternidade, seguiu sendo individualista, e não levou a sério a condição de pessoa do ser humano, por compreender, como seu elemento essencial único, a liberdade de se autodeterminar e contemplar uma igualdade meramente formal, visando apenas à boa convivência social, de um indivíduo descontextualizado, desenraizado e apenas vinculado aos outros por contrato (seja pelo contrato social, seja pelas convenções entre os próprios indivíduos na esfera privada).

Isto é, não compreendeu, acima de tudo, os demais elementos essenciais da pessoa humana e que integram o conteúdo da sua própria dignidade; e o fez em moldes diversos da própria ideia de personificação Cristã, pois esta, muito embora tenha desenvolvido a ideia do personalismo - um personalismo jusfilosófico Cristão (o que, de plano, exclui a liberdade religiosa e o indivíduo não-cristão) -, também não se mostrou adequado, por deslocar para a coletividade a centralidade da escolha dos fins dos indivíduos, tanto no que respeita às coisas da alma, como no que concerne ao “*bem comum*”, sem embargo de ter tido o mérito de reconhecer que a condição humana e a dignidade também comportam realização por meio de bens imateriais e materiais; de travar uma luta na busca da igualdade substancial e de soluções para a questão social e para a implementação da justiça social.

Quando, finalmente, o liberalismo-capitalista começou a fracassar (especialmente ao se defrontar com a questão social) e a mostrar que ele era ótimo em produzir

⁵⁶¹ Aqui, por ora, não consideramos senão as necessidades materiais, ficando fora dessa consideração as necessidades psicológicas e morais ínsitas da condição humana, de um homem que se acha cada vez mais angustiado, mais vitimado, mais oprimido e mais carente de auxílio, inclusive nessa seara.

riquezas, mas débil em termos de distribuição dessas mesmas riquezas - o que conduziu grande parte da humanidade à condição de miserável -; e quando surgiram o socialismo e o comunismo, a leitura de ser humano e de sua dignidade intrínseca seguiu sendo absurdamente equivocada, pois sua antropologia de base continuou sendo divorciada da ideia de *pessoa humana*, porquanto, tanto o socialismo como o comunismo a aniquilam, diluindo o homem na sociedade, creditando pouca fé à capacidade humana de se autodeterminar e de alcançar, por si, os seus próprios fins, ainda que, para isso, necessitem de apoio e de interação social.

Com efeito, o socialismo e o comunismo reduzem a pessoa humana a um gênero (o homem), dissolvendo a condição humana na esfera social, transformando a existência em um ritual de deveres, superdimensionando a soberania estatal. O indivíduo, em um tal sistema, vive em prol do Estado, perante o qual só tem obrigações, sem direito à voz e vez. Não tem sequer direito a ter direitos, muito menos a liberdade de autodeterminação, oponível ao poder político, tampouco o direito de definição de conteúdo de sua felicidade, seus fins últimos e da realização daquilo que estabeleceu como sendo os seus objetivos de vida.

Nesse ambiente, não se verifica efetiva dignidade da pessoa humana, na medida em que o homem não é pessoa, senão como um gênero que integra o Estado, perante o qual tem o dever de obediência. Por mais paradoxal que possa parecer, segundo os postulados socialistas e comunistas, mostra-se possível dizimar milhares de seres humanos e preservar, ao mesmo tempo, o homem, que, enquanto gênero, permanece vivo, tal como em Plantão. Dos deveres preconizados por esse modelo jurídico-político, que negam a existência da condição humana e de sua dignidade imanente, não se pode retirar nenhum sentido minimamente adequado nem de pessoa, nem de dignidade e muito menos de solidariedade.

Já o Estado Social, na sua feição Ocidental, também padeceu de uma visão caótica em matéria de reconhecimento da condição de pessoa e de sua dignidade imanente, bem assim de uma compreensão consentânea de solidariedade, porque pretendeu *substituir-se* ao homem na sua conformação, com uma postura paternalista-assistencialista que, embora socorresse, não realizava a dignidade da pessoa, pois retirava do ser humano não o direito, mas, o dever, a *responsabilidade* na realização de seus fins últimos, responsabilidade que a liberdade impõe, pois toda liberdade está sujeita a consequências.

Muito embora a sua relevância para, em um dado momento histórico, demarcar as insuficiências materiais do capitalismo e do liberalismo, e pontuar que a leitura da condição de pessoa e sua dignidade imanente exigiam outros elementos, assim como sinalizar que a liberdade carecia de uma releitura para abarcar, também, a igualdade substancial (material), o Estado Social, se não fracassou, ao menos, entrou profundamente em crise, consoante destacamos na primeira parte deste estudo.

E a crise em questão transcendeu o problema da escassez de recursos e ultrapassou as crises fiscal e institucional do próprio Estado, pois suas causas últimas, a nosso juízo, estão substancialmente ligadas à sua postura paternalista-assistencialista-securitária, que resultou da mesma visão ainda deturpada da pessoa humana e sua dignidade intrínseca, uma vez que só lhe reconheceu, notadamente, os direitos sociais, incumbindo o Estado, exclusivamente, o dever de assegurá-los a todos, sem se fixar no reconhecimento de deveres autônomos, de seres humanos para consigo e para com outros seres humanos, decorrentes da condição humana e não de uma precedência comum divina ou teológica.

Dito de outra forma, se, de algum modo, o Estado Social compreendeu que a ideia de *justiça* baseada no *suum cuique* não era o bastante, reconhecendo a necessidade e a imperatividade de ações positivas para tornar efetivas outras expressões de justiça (e outras dimensões da dignidade humana), voltada a uma compreensão de igual dignidade entre todos os seres humanos, para dar conta das necessidades das pessoas, como próprias do ser humano, e integradas no conteúdo de dignidade, parece não ter compreendido muito bem que a dignidade da pessoa humana não se compraz de atitudes paternalistas, assistencialistas e securitárias, que desconsideram os deveres do homem para consigo mesmo e para com a comunidade; o Estado Social não respeitou a capacidade humana de escolha e autodeterminação, sobretudo, porque nela não reconheceu a correspondente responsabilidade do ser humano pelas consequências de seu livre arbítrio, ou seja, sua responsabilidade na construção e na definição do próprio destino e do destino de seus semelhantes, substituindo-se como o único provedor do bem-estar e definidor do *bem comum*.

Temos, por isso, que, em que pese o Estado Social tenha igualmente buscado sua legitimação na dignidade da pessoa humana, mas, por ter feito dela, em dado momento da história, uma leitura paternalista-assistencialista, desenvolveu-se sob um modelo equivocado, securitário, que não se amolda às exigências da dignidade inteira que, a sua vez, implica autorresponsabilidade e deveres.

O Estado Social, especialmente aquele em que se viu consagrar o paternalismo e o assistencialismo (o Estado provedor) olvidou que “*dar o peixe nada revela sobre a pesca*”; que o indivíduo tem o direito de definir o conteúdo do seu fim último, de decidir o que é felicidade para si; de construí-la segundo essa definição, bem assim o *dever* de adotar aquelas condutas tendentes a realizar os fins que o próprio ser humano elegeu. Tem, não obstante, *deveres fundamentais* para com o Estado e para com os seus demais semelhantes, não apenas no que respeita à concretização de sua própria dignidade, bem como, também, porque a própria manutenção de sua existência depende de esforços comuns para a manutenção da própria humanidade, inclusive em níveis mundiais, porque o conhecimento humano de que tanto falamos permitiu aos homens construir meios de extermínio em massa, aptos a acabar com toda a vida a Terra, como vimos na Contemporaneidade.

O *Welfare State* não atentou para o fato de que a postura paternalista mina a dignidade da pessoa humana, que comunga dos elementos essenciais designados liberdade (e responsabilidade), segurança e justiça, que, na sua vertente expressiva de igualdade (e não simples correção), é expressa por meio da solidariedade, que se concretiza por meio de deveres fundamentais que dela logicamente derivam segundo uma igual dignidade de cada ser humano.

Como corolário lógico, há que se concluir que a perspectiva de pessoa humana e de sua dignidade imanente, quer aos moldes da Filosofia Cristã, quer nos paradigmas individualista ou social, isoladamente, são inadequadas e insuficientes, mas contemplam, ao mesmo tempo, elementos que lhe são próprios e inarredáveis a conformar a própria condição de pessoa humana, *primordialmente individual*, mas, *necessariamente plural e social*, à qual titula direitos fundamentais e à qual incumbem deveres fundamentais autônomos em relação a si e aos outros (entidades privadas e públicas), justamente porque a igualdade humana está diretamente imbricada com a liberdade, com a segurança e com a justiça, em todas as suas formas de se expressar, uma delas, a solidariedade.

É verdade que a condição de pessoa e a própria dignidade intrínseca da pessoa humana foram lidas e interpretadas de maneira e com conteúdos diferentes em cada momento histórico. Então, o que entender como pessoa humana, nesta quadra da história? Qual o seu significado, seu conteúdo mínimo? Afinal, o que é dignidade da pessoa humana e quais são os seus elementos essenciais?

Stephan Kirste, na introdução da obra *Human Dignity as a Foundation of Law*⁵⁶², afirma que a dignidade humana é tida como o fundamento do Direito e que esse é o fio condutor comum do pensamento de todos os artigos que integram a publicação em referência. Kirste indaga-se então: o que isso significa? Essa assertiva quer dizer que todo o Direito seja derivado da dignidade humana? Ou significa, ao menos, que todas as provisões constitucionais, devam ser derivadas da dignidade da pessoa humana? Ou seria melhor considerar a dignidade humana como uma norma ou um fundamento extralegal da lei? A dignidade da pessoa humana confere um direito a cada ser humano ou, em vez disso, é um princípio objetivo? Se a dignidade é um direito, ela é apenas um direito a ter direitos, sem determinar o seu conteúdo? E o autor arremata suas indagações com a seguinte formulação: se a dignidade humana é o fundamento do Direito, o que funda a dignidade da pessoa humana? A autonomia e a liberdade são prerequisites da dignidade?

Kirste discorre sobre vários conceitos de dignidade humana, concedendo que a maioria dos autores dos textos que integram a obra se referem a ela como um conceito filosófico, conforme prospectado por Immanuel Kant, segundo uma perspectiva de que a dignidade exige que o homem seja sempre tratado como um fim, nunca como meio ou como um mero objeto e que tal conceito tem a vantagem de deslocar a dignidade humana do plano teológico para o plano ético-filosófico, desvinculado de uma concepção divina.

Entretanto, o autor germânico sublinha que o conceito de dignidade humana remanesce, esteja ele lastreado numa perspectiva Cosmológica, Cristã, Filosófica, Antropológica, Metafísica ou Contemporânea (Sociológica ou Comunicativa), impreciso e sujeito a várias interpretações e conformações, especialmente porque, se apenas a dignidade humana serve de fundamento para o Direito, a Filosofia do Direito reconhece que há, na temática, duas faces da mesma moeda: *dignidade como Moral, filosófica, como precondição da Lei*, e a dignidade intrínseca como um princípio incorporado às Constituições.

⁵⁶² VERLAG, Franz Steiner; BRUGGER, Winfried. *Human Dignity as a Foundation of Law*. Stuttgart: Nomos, 2013. Cuida-se de uma obra que contém diversas e condensadas reflexões de distintos e renomados autores em torno da dignidade humana como o fundamento do Direito, realizadas em um workshop especial, durante o 24º Congresso Mundial da Associação Internacional de Filosofia do Direito e de Filosofia Social, em Pequim-China, em 2009.

Em artigo publicado pelo mesmo autor em obra organizada por Ingo Wolfgang Sarlet⁵⁶³, Stephan Kirste expressa as mesmas preocupações, sustentando a amplitude e vagueza do conceito de dignidade humana, porquanto, desde as suas raízes históricas, o conceito da dignidade humana - que remonta à Antiguidade⁵⁶⁴ -, tanto na Filosofia, quanto na Teologia, é multifacetado.

Como instituição jurídica, assinala para ela uma história recente, primeiro, como uma breve referência no artigo 151, inciso I, da Constituição de Weimar de 1919; adiante, tendo ficado mais expícita na Constituição Irlandesa de 1937, cujo preâmbulo mencionava a dignidade e a liberdade do indivíduo. Já a Constituição Espanhola, de Franco, teria feito uso inflacionário do termo, na visão de Stephan Kirste.

Em verdade, observa o autor, somente depois da Segunda Grande Mundial teria começado sua “procissão triunfal” da dignidade humana por meio de textos de Direito Internacional, Declarações de Direitos Humanos e Constituições, tendo, assim, no âmbito jurídico, temática com uma história recente, portanto, se comparada à secular tradição filosófica e teológica.

E a questão que coloca em debate é, ao seu sentir, saber se a dignidade humana, enquanto conceito jurídico, ainda teria um fundamento teológico ou filosófico e, em caso positivo, se tal conceito deveria ser compreendido sob uma forma moral-católica, sob uma forma protestante, como uma comunidade de filhos de Deus, segundo um ponto de vista apenas humanista, ao estilo de Pico della Mirândola, sob uma forma estética como cumpreenderam alguns filósofos iluministas, a exemplo de Samuel Pufendorf; à luz do idealismo kantiano, do socialismo de Karl Marx ou Ferdinand Lassalle, sob a forma do existencialismo de Jean-Paul Sartre, ou segundo a perspectiva de Heidegger, com base na Teoria do Discurso (ação comunicativa) de Jürgen Habermas⁵⁶⁵, ou com base na Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann⁵⁶⁶. O que

⁵⁶³ KIRSTE, Stephan. *A Dignidade Humana e o Conceito de Pessoa de Direito*. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da Dignidade Humana*. 2ª ed., rev. e ampl. Tradução de Luís Marcos Sander. Revisão de Ingo Wolfgang Sarlet e Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp.175/198.

⁵⁶⁴ Referindo-se, à fl.175, à passagem em que Platão narra o Mito de Protágoras, em que o Sofista nos conta que os Deuses instruíram Prometeu e Epimeteu a dar a cada ser a qualidade correspondente à sua Faculdade.

⁵⁶⁵ Filósofo segundo o qual a dignidade não é uma qualidade inerente a cada ser humano, mas provém da ação comunicativa, perspectiva que refletiria o reconhecimento do indivíduo como dotado da capacidade de agir de forma racional e, portanto, de fazer parte da comunidade comunicativa, razão que conduz à conclusão de que Habermas não compreende, por exemplo, o embrião como pessoa (in HABERMAS, Jürgen, in *Die Zukunft der menschlichen Natur*. Frankfurt am Main, 2001, pp. 62 e s.), nem os mudos, tampouco os portadores de alguma doença mental incapacitante de comunicação, como portadores de dignidade. Apenas reconhece um valor geral da vida individual, que impõe ao Estado um dever geral de respeito, mas que não produz quaisquer direitos. Vide a respeito a nota de pé de página nº 446.

ocorre é que, para Stephan Kirste, parece que a integração do termo *dignidade humana* à Constituição produz nele um certo significado independente, o que, a despeito de sua vagueza, estabelece, a seu juízo, um certo *filtro* contra a recepção de racionalidades oriundas de outros sistemas sociais, ou seja, já desligados da Metafísica, da Teologia e da Filosofia, da Ética ou da Moral.

Esse filtro, admite o autor, permite a passagem de certas concepções filosóficas, especialmente, no objetivo de impedir eventual utilização totalitária do conceito, o que explica, por exemplo, o domínio, nessa seara, do pensamento kantiano; também o método de fundamentação da dignidade humana, seguindo investigação das diferentes compreensões, dos comportamentos e das convicções das pessoas em relação à própria dignidade como um sentimento moral, empatia, como destacamos ao abordar a natureza humana na percepção de David Hume.

Mas, nessa ambiência, Stephan Kirste sublinha que a tarefa central do Direito é impedir infrações de Direitos e que, portanto, a seu juízo, a fundamentação do princípio jurídico da dignidade humana não pode radicar em concepções metafísicas, teológicas, Éticas, Morais ou Filosóficas, mas encontrar suas bases no próprio Direito e em sua função.

Contudo, a nosso modo de ver, as premissas e preocupações que orientam a obra coletiva e, especificamente as preocupações de Stephan Kirste, com a vênia dos doutos entendimentos nele esposados, no particular, estão equivocadas.

Primeiro, porque partem de uma dicotomia - altamente influenciada pelo Positivismo Jurídico⁵⁶⁷ -, como se houvesse uma substancial diferença entre a dignidade humana que constitui uma qualidade ontológica de todos os seres humanos e o princípio constitucional da dignidade humana (fechado, na perspectiva de Stephan Kirste, no âmbito jurídico constitucional), como se fossem coisas diversas, com conteúdos

⁵⁶⁶ Sociólogo para o qual a dignidade não é uma determinada característica do ser humano, mas, provém de sua comunicação, sendo o resultado da autodemonsração do indivíduo (LUHMANN, Niklas. *Grundrechte als Institution*. 4ª ed. Berlim, 1999, pp.68 e s.). Tal concepção também se acha expressa em algumas Declarações de Direitos Humanos quando se diz, por exemplo, como lembra Stephan Kirst - como no caso do artigo 45b da Carta das Organizações dos Estados Americanos - que o trabalho é um direito e um dever social, pois ele confere dignidade a quem o realiza.

⁵⁶⁷ Não por outra razão, o próprio autor destaca posições segundo as quais a dignidade humana seria um “axioma” da Constituição, com “caráter apelativo”, um princípio constituinte, um objetivo supremo do Direito, uma obrigação ou uma sentença com a força obrigatória de um Preâmbulo (um mero indicativo), salientando, ainda, que Winfried Brugger (já falecido) considerava a dignidade humana como um princípio que conecta o Direito Positivo da Constituição a padrões de Direito Natural em sentido amplo, como uma obrigação moral, isso quanto ao povo alemão. KIRSTE, Stephan. *A Dignidade Humana e o Conceito de Pessoa de Direito*. In Sarlet, Ingo Wolfgang. *Dimensões da Dignidade Humana*. 2ª ed., rev. e ampl. Tradução de Luís Marcos Sander. Revisão de Ingo Wolfgang Sarlet e Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.84.

distintos⁵⁶⁸; como se existisse um conceito de dignidade humana fora e outro dentro de uma normatividade jurídica. Como se a própria dignidade humana não fosse a primeira ideia valorativa fundamental que deve conduzir e guiar as conclusões normativas jurídicas em torno do princípio jurídico.⁵⁶⁹

Segundo, porque tais posturas buscam o fundamento da dignidade humana no mundo do Direito, sem atentar para a sua verdadeira e necessária precedência, centralidade e o seu efetivo *background*: o homem concreto, de carne e osso, esse que está aí e que antecede a Teologia, a Filosofia, a Ética, a Moral, o Direito, o Estado, o fenômeno constitucional, a Constituição e o próprio Direito Constitucional, ou seja, antecede a qualquer teorização. São liturgias que refutam um *link* necessário entre as ciências suscitadas e a primazia da realidade humana e da centralidade do homem em seus desenvolvimentos.

Terceiro, que, se esquecendo desse *homem concreto* - que constitui o fundamento e o fim de toda teoria -, negando o caráter imanente da dignidade humana ou, em outro giro, sobremodo influenciados pelo formalismo kantiano, nela enxergando apenas uma expressão da autonomia da vontade humana, compreendem que só pode ser lida como direito subjetivo e absoluto, não tratando da matéria sob qualquer outra dimensão (inclusive daquela necessariamente social que é constitutiva do ser humano); como se dignidade humana coubesse toda no conceito de autodeterminação, como que, aliás, se negaria, por exemplo, qualquer dignidade aos nascituros, aos portadores de qualquer doença mental incapacitante, aos prisioneiros, para ficar em poucos exemplos. Nessa esteira de entendimento, negam a existência de dignidade humana a populações inteiras, pois o livre arbítrio, na sofrida e longínqua Somália, exemplificativamente, onde centenas de crianças e adultos morrem de fome todos os dias, um lugar do mundo em que a dignidade humana e solidariedade mais não são do que dividir a miséria, afigura-

⁵⁶⁸ Luis Pedro Pereira Coutinho (in *Human Dignity as a Background Idea*. In VERLAG, Franz Steiner; BRUGGER, Winfried. *Human Dignity as a Foundation of Law*. Stuttgart: Nomos, 2013, p.108), a propósito, traça um paralelo esclarecedor sobre o tema: “*It should be stressed, however, that to acknowledge the accuracy of the formulations used by constitutional texts does not mean to assert that juridical concepts are strictly dependent on the same formulations. For example: the concept of norms would still encompass permissions, prohibitions and obligations even if constitution x stated the opposite in its first article*”, ou seja, o conteúdo de norma não se altera pela sua mera passagem para o mundo jurídico: será sempre norma em essência.

⁵⁶⁹ Nesse mesmo sentido, ver Luís Pedro Pereira Coutinho, in *Human Dignity as a Background Idea*. In VERLAG, Franz Steiner; BRUGGER, Winfried. *Human Dignity as a Foundation of Law*. Stuttgart: Nomos, 2013, p.107: “*It is useless to deny that pre-understandings are shaping our understanding or, in other words, that background ideas lead to normative conclusions*”, o que não significa, como se posiciona o próprio autor, que, em assim admitindo, se está a abraçar decisionismos como critério de validade de uma norma.

se até um deboche falar em autonomia da vontade, aniquilada que resta fora de uma dimensão econômica.

Quarto, porque lidam com a dignidade humana como algo que pudesse ser reduzido a fórmulas abstratas, sem conteúdo material mínimo qualquer ou como se ela comportasse um único significado possível (autonomia/liberdade), e não fosse portadora de uma dimensão de base lastreada na igualdade fundamental de cada homem em sua humanidade comum, caso em que a dignidade segue sendo uma qualidade humana, não como uma virtude da autonomia dos homens, porém, unicamente como uma qualidade estruturada na virtude de sua humanidade, como bem pontuado por Luis Pedro Pereira Coutinho.⁵⁷⁰

Quinto, porque teorizam sobre a dignidade humana como se ela não fosse um dado - que pode ser lido em diferentes significados e em distintos contextos e dimensões, inclusive a social, de onde imediatamente decorre o dever de solidariedade - e um construído, comportando sempre, aprimoramentos, e por isso suscitam ideias de que a dignidade em si possa colidir com outras dignidades, ou melhor, como se a dignidade de um possa colidir ou aniquilar a dignidade de outro, quando são, a nosso ver, os seus elementos constitutivos que podem assumir ou não, nas suas distintas dimensões e concretizações, primazia, sem eliminar a dignidade de nenhum ser humano. A dignidade humana, como princípio cardeal, é o mais elevado e fundamental valor constitucional, do qual não se demitem sequer os mais recalcitrantes criminosos.⁵⁷¹

Se a dignidade da pessoa humana representa um valor especial e distintivo, garantido a cada ser humano individualmente compreendido, que é visto como titular de igual proteção e promoção; e, se nessa perspectiva, a dignidade humana é reconhecida como atributo de toda pessoa humana, porquanto todos os seres humanos são iguais em dignidade; se todas as pessoas são reconhecidas como parte da comunidade de seres humanos, mesmo se alguma não se comporte de acordo com sua dignidade, seja em relação aos demais seres humanos, seja em relação a si própria, como ensina Ingo Wolfgang Sarlet⁵⁷²; e, por fim, se o Estado existe para servir às pessoas em última *ratio*, não nos parece haver um real sentido em discutir se ela funciona como um valor, como

⁵⁷⁰ **Human Dignity as a Brackground Idea.** In VERLAG, Franz Steiner; Brugger, Winfried. *Human Dignity as a Foundation of Law*. Stuttgart: Nomos, 2013, p.111.

⁵⁷¹ “Every prisioner has the right to expect to be realized one day”, afirma Paul Tiedmann, in **Human Dignity as an Absolute Value.** VERLAG, Franz Steiner; BRUGGER, Winfried. *Human Dignity as a Foundation of Law*. Stuttgart: Nomos, 2013, p. 27.

⁵⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. **Human Dignity in the Brazilian Constitucional Order.** In Verlag, Franz Steiner; Brugger, Winfried. *Human Dignity as a Foundation of Law*. Stuttgart: Nomos, 2013, p. 238.

um princípio objetivo, como um direito subjetivo ou um princípio a orientar os objetivos de uma sociedade, pois são várias nuances e projeções de uma mesma dignidade humana, envolvente de uma mesma condição de pessoa humana, em suas dimensões constitutivas individual e social.

Então, buscando responder, em posicionamento pessoa, os questionamentos acima, assumindo uma postura de que a pessoa humana é um ser composto de espírito e corpo, uma mistura complexa de impulsos vitais, cognições, emoções e ideais; que ela é dotada de intelecto, consciência moral e comunicação (*“Only human beings understand one another, communicate and interact in a timeframe of past, present and future - including the knowledge about the finiteness of one’s life and to say nothing of the phenomenon regarding the subjunctive case of what one could, should, would have done in complex cases”*⁵⁷³), o que a diferencia de todos os demais seres vivos no universo infinito, ela é, ao mesmo tempo, em substância, igual a todos os demais, sendo assim, dotada de uma igual humanidade que compartilha com todos os seres humanos. Daí porque a dignidade humana não comporta leitura que não a partir do próprio homem e dos elementos que decorrem da condição humana.

Sem embargo, se, de um lado, as pessoas são iguais por comungarem da mesma humanidade, são, também, diferentes, distintas, irrepetíveis, porque dotados de consciência moral e liberdade, possuem diferentes necessidades imateriais e materiais e, por isso, têm definições próprias do que seja bom e do que significa felicidade para si.

Daí a primazia individual na nossa leitura personalista de *pessoa humana*. Sem desconhecer sua natureza necessariamente relacional, ou seja, da dimensão social imanente do homem, *somos terminantemente contrários a toda postura personalista que não confira a precedência do indivíduo sobre o coletivo*, a pretexto de diluir a sua pessoalidade em qualquer coletividade habilitada a definir para um ser humano o que é bem e o que é ser feliz⁵⁷⁴. Sem escolha pessoal, não há liberdade; sem liberdade, não há possibilidade de responsabilização e sem responsabilidade não há justiça.

Essa primazia do indivíduo é, portanto, decorrente da sua liberdade, de seu livre arbítrio na condução de sua vida, inclusive na eleição dos meios, do instrumental,

⁵⁷³ BRUGGER, Winfried. *Dignity, Rights, and Legal Philosophy within the Anthropological Cross of Decision-Making*. In VERLAG, Franz Steiner; BRUGGER, Winfried. *Human Dignity as a Foundation of Law*. Stuttgart: Nomos, 2013, p.43.

⁵⁷⁴ Como lembra Winfried Brugger (op.cit.,p.54), *“Being human incorporates the choice of opting between good and evil, legal and illegal”*.

atinentes a alcançar os seus fins. Sem liberdade não há falar em pessoa, tampouco em dignidade.

A liberdade é o primeiro elemento da condição de pessoa, embora não o único. O homem é um fim em si mesmo. Por isso, a dignidade da pessoa humana é um metaprincípio - cujo primeiro conteúdo essencial é a liberdade - que vai proibir a instrumentalização do ser humano, ou seja, vedar que ele seja tratado como coisa, porque, enquanto pessoa humana, o homem é dotado de um valor intrínseco, daí ser a sua dignidade uma categoria inata, de onde emanam direitos fundamentais insuscetíveis de disposição ou renúncia pelo próprio homem ou por qualquer outro poder privado ou público.

Então, em primeira linha, o conteúdo da dignidade da pessoa humana será a liberdade na exata perspectiva kantiana, radicada na essência da pessoa, aquilo que faz ela ser o que é. Com isso, há de concordar com a imensa maioria, senão a totalidade, da doutrina, concedendo que esse conteúdo essencial é *autoevidente*; não depende de prova, de comprovação empírica, nem de positivação, tampouco de convenção de qualquer poder político.

Mas todos são igualmente assentes de que o ser humano, dotado de inteligência e de poder de discernimento, como um ser de corpo e espírito, uma realidade também autoevidente, tem necessidades imateriais e também materiais para desenvolver a sua personalidade e que, portanto, esse elemento essencial da condição humana, a liberdade, que se projeta sobre o conteúdo da dignidade da pessoa humana, embora lhe reclame precedência, não é o único, tampouco ele mesmo comporta uma única leitura, pois se apresenta com uma dimensão econômica e também com uma consequência que é a responsabilidade. Não basta, para a sua concretização, a liberdade formal de escolha para quem não tem opções. De nada adianta teorizar sobre uma liberdade formal para os que morrem de fome na Somália e ou às centenas de milhares de pessoas que ainda vivem à margem da linha da pobreza e ou sujeitas a regimes de opressão.

Nessa linha de raciocínio, note-se, ainda, que o reconhecimento desse elemento essencial na pessoa (liberdade), que se projeta para o conteúdo da dignidade da pessoa humana, por si só, não explica por que essa mesma dignidade da pessoa humana é também autolimitativa da liberdade do ser humano, isto é, impõe limites ao arbítrio do próprio querer humano.

Por oportuno exemplo, observe-se que, mesmo que a pessoa queira livremente se sujeitar à escravidão, inclusive dispondo em contrato ou convenção, essa livre

manifestação do seu querer, não poderá fazê-lo validamente, porque inaceitável, imponderável; o mesmo raciocínio se encontra numa proposição hipotética de comercialização de órgãos humanos.

E o que disso se pode concluir?

Reforça-se aqui a conclusão inarredável e lógica de que a liberdade não é o único elemento constitutivo da essência da pessoa humana e da sua dignidade, em que pese a primazia da liberdade na condição humana, porque, muito embora todo homem nasça livre, já ao nascer, é mais dependente dos outros que qualquer outro ser vivo na natureza.

Então, partindo da premissa de que a liberdade não é o único elemento do homem e constitutivo de sua dignidade, deve necessariamente haver, em caráter universal, também como categoria inata, decorrente da condição humana e integrante da mesma dignidade, outro elemento essencial sem o qual tal condição não se perfectibiliza, algo que autorize a limitar a liberdade e pôr cobro na autonomia da vontade do próprio homem em seu querer e em seu realizar.

Mais: esse outro elemento essencial deve ser também, e secundariamente, constitutivo da pessoa e igualmente se projetar no conteúdo da dignidade da pessoa humana. Apto a restringir o seu próprio arbítrio/querer, deve se inscrever, da mesma forma, como uma categoria inata do ser humano, pelo simples fato de sê-lo, e imediatamente integrante de sua dignidade, sendo, portanto, *autoevidente* e vinculante para a própria pessoa e para terceiros, independente de convenção.

Portanto, é irrefutável a existência de mais de um elemento próprio da condição de pessoa humana e que por isso integram a ideia mesma de dignidade humana que vai além da liberdade. Nela, não se esgotam os elementos essenciais da pessoa (sem os quais ela deixa de ser o que é), até porque a ela incorporados, hodiernamente, uma dimensão material, ligada à liberdade econômica e à igualdade substancial uma forma de justiça da qual a solidariedade é expressão.

Assim considerando, um segundo elemento essencial e constitutivo da pessoa humana e, por conseguinte, integrante do próprio conteúdo de sua dignidade imanente - *e que explica a precedência do individual sobre o social, sem embargo do reconhecimento de uma sociabilidade inata e do caráter relacional e plural de ser pessoa* -, é a *segurança*, ligada à manutenção de sua própria sobrevivência.

De efeito, alguém precisaria dizer, autorizar ou traduzir em norma positiva, que o indivíduo tem o direito de se defender em face de outro indivíduo - e, para isso, até matá-lo - para garantir a sua vida e agir para assegurar a sua sobrevivência?

A resposta autoevidente é negativa. Claro que não. A defesa legítima e o estado de necessidade estão a demonstrar isso. A segurança, o direito de autopreservação, se insere como elemento constitutivo essencial da pessoa, da condição humana, pelo simples fato de sê-lo, e, por conseguinte, do conteúdo de dignidade humana como categoria inata, independente de convenção humana.

Alguém poderia contrapor-se a esta proposição dizendo que esse elemento não pertence só à natureza humana, mas a todo e qualquer animal. Mesmo aí se imporia uma diferença imediatamente decorrente da natureza humana: o animal tem instinto, age e reage por medo da dor que conhece; já o homem, mais que isso, possui consciência moral e, sobretudo, consciência da morte, marca que lhe é distintiva de todos os demais seres vivos.

Nessa linha argumentativa, se admitirmos como autoevidente que a liberdade e a segurança são elementos constitutivos essenciais da pessoa e, por conseguinte, integram o conteúdo da dignidade da pessoa humana (que inclui a pluralidade que nela necessariamente habita e o habilita à plenitude de suas potencialidades humanas), forçoso reconhecer que ainda precisamos encontrar, no mínimo, sem pretensão de exaustão, um terceiro elemento constitutivo do ser humano e que autoriza a limitação de sua liberdade como impõe limites ao autoarbítrio.

Estamos, assim, a defender neste estudo, que esse outro elemento constitutivo essencial da pessoa humana e, por conseguinte, integrante do conteúdo de dignidade da pessoa humana, sem prejuízo de outros possíveis, que esta investigação não abarca, é a *justiça*.

É desse elemento constitutivo e vinculante para o próprio ser humano, a *justiça*, que extraímos a imposição de autolimitação (pela responsabilidade, primeiro para consigo mesmo, impondo-se o dever de manter sua própria condição humana inviolável e, secundariamente, a responsabilidade perante a coletividade).

Porém, a *justiça*, enquanto elemento essencial constitutivo da pessoa, não se expressa de uma única forma. Como já vimos, ela pode ser lida como *correção*, na perspectiva de relações de igualdade, na solução de conflitos de pessoas que estejam numa mesma posição jurídica, assim como pode ser lida como *justiça social*, ou seja, uma justiça que expressa a solidariedade no reconhecimento imanente de uma igualdade

substancial, que revela o que cada um deve àqueles com os quais compartilha de uma mesma humanidade.

Este é o fundamento último da solidariedade, que ganha concretude e se realiza por meio de deveres fundamentais autônomos, sem direitos, nos diversos estratos de vida em sociedade, uma expressão de justiça que é heterovinculante e que impõe obrigações ao indivíduo para consigo próprio, para com sua família e, assim, sucessivamente, para com outras esferas da vida social, inclusive para com o Estado e para com a Comunidade Internacional, no fito de apoiar a cada um no desenvolvimento de suas respectivas personalidades, como impõe aos *poderes privados* (adiante falaremos sobre eles) e públicos, deveres fundamentais tendentes ao mesmo fim: de apoio no desenvolvimento da condição de pessoa humana de cada um, notadamente, em suas necessidades materiais e imateriais (visto que a liberdade tem também uma dimensão econômica, como acima destacamos), segundo critério de decisão em torno dos fins, a cargo de cada estrato da vivência coletiva da pessoa, a principiar por ela mesma, já que é individual e naturalmente social (o primeiro estrato da sociabilidade), no que se compreende a definição das ideias de felicidade, de perfeição, de realização e de completude-plenitude, à medida que viver, para o ser humano, transcende a simples ideia de existir e de sobreviver. O ser humano não é um mero portador de um DNA.

Ninguém é pessoa de ninguém. Tampouco concordamos com a versão personalista cristã, de matriz *jusnaturalista divina*, segundo a qual somos uma síntese dialética entre o individual e o social, tampouco concordamos com qualquer vertente que coloca a decisão dos fins da pessoa nas mãos da Igreja, do Estado, ou de qualquer outra coletividade social, como não concordaríamos que tal decisão recaísse sobre qualquer outra pessoa ou poder que não o próprio indivíduo que, sem liberdade, carecia de dignidade efetiva.

Por outro lado, somos acordes que, naturalmente, enquanto seres pensantes, racionais e dotados de linguagem precisamos dos outros para atingir os nossos fins de felicidade, de completude, de plenitude e de realização.

Primeiramente, para a própria perpetuação da espécie, a sociabilidade se mostra necessária e universal. Depois, nós, seres humanos, mais do que qualquer outro ser vivo na natureza, mesmo que considerado, em nível teórico, que nascemos livres, somos, já ao nascer, inteiramente dependentes de cuidados ligados à própria sobrevivência e viemos ao mundo em um contexto social. Demais disso, embora possamos, a partir de algum momento de nossas vidas definir o que é felicidade e quais são os fins que

queremos para nós, conforme definir o nosso espírito, segundo nossa experiência e vivência, é inequívoco que nos sentimos felizes integrados em uma família, em um grupo de amigos, em uma escola, em um clube; em um meio profissional; em um projeto. Sentimos pertinência à nossa tribo, ao nosso bairro, à nossa cidade, ao nosso estado, ao nosso país. Sentimos até patriotismo. Temos orgulho de nosso pertencimento.

Temos empatia, pois a condição humana nos permite nos colocar no lugar do outro e sentir a sua alegria, os seus conflitos, a sua dor e dela nos compadecer, como sinalizou David Hume. Os elementos essenciais constitutivos da condição humana são, também, aqueles que nos permitem enxergar as carências materiais dos outros e extrair daí, em razão de compartilharmos uma mesma humanidade, um dever de solidariedade, de amparo, de apoio, e isso decorre do elemento essencial *justiça* que habita dentro de cada pessoa como autoevidente.

Se assim é, ou seja, se a *justiça* é constitutiva da pessoa e integra a ideia mesma de sua dignidade, também os modos de a justiça se expressar tomam parte desse mesmo elemento essencial. Disso decorre, em conclusão, que *a solidariedade é uma expressão da justiça, aquela de caris que, com base na igualdade substancial, ordena que se promova a justiça social*, que se inscreve no espírito de cada ser humano e pertence, portanto, à própria condição humana, integrando, bem por isso, o conteúdo da própria dignidade da pessoa humana.

A solidariedade é, nesses termos, enquanto uma forma de a justiça se expressar, parte de um elemento essencial constitutivo da condição humana e, portanto, mais que uma virtude, ela integra o conteúdo da dignidade da pessoa humana e, pelo tanto, não depende de posituação, pois autoevidente e heterovinculante, em que pese esse conteúdo, hodiernamente, constituir um princípio da ordem jurídica e da Política, não só pelo acolhimento da dignidade da pessoa humana e da solidariedade como princípios jurídico-políticos da ordem interna, mas, também, porque assim igualmente sucede na ordem internacional.

Enquanto forma de expressão da própria *justiça substancial*, a solidariedade dialoga com a liberdade e com a segurança, na medida em a igualdade que dela se extrai penetra, em alguma medida, nos demais elementos essenciais constitutivos do homem, permitindo concluir que ela se projeta em todos os elementos essenciais constitutivos do homem, gerando deveres fundamentais em razão da liberdade, em razão da segurança ou mesmo em razão da igualdade.

Evoluir nessa temática demandou reconhecer o ser humano como pessoa e nele todos os elementos que lhe são essencialmente constitutivos, inclusive a solidariedade, como forma de a justiça se expressar, e que se projeta, em alguma medida, sobre os demais elementos inerentes ao ser humano, dentre os quais a liberdade, que assume primazia.

Isso trouxe a exigência de desconstruir o paradigma humanitário do *jusnaturalismo cósmico e divino*, como um repensar o humanismo moderno e racional que informou os postulados liberais e sociais da Modernidade, concebido que foi o ser humano ao longo da história, ora como um ser relativo, desprovido de conteúdo essencial, ora como uma ideia e uma realidade aparente, um ser que, no máximo, aparenta ser; ora como um ser social e estratificado, funcionalizado e vocacionado para a vida em sociedade e para o bem viver; ora como um indivíduo regido pela natureza, que só pela participação no divino e pela morte, encontrava a liberdade; ora conferindo-lhe uma personificação representativa de uma dialética entre o individual e o social que coloca nas mãos de terceiros (Igreja e Estado) a definição de seus fins, conforme fosse a natureza do bem imaterial ou material; ora como um ser isolado e abstrato, cujo único valor essencial que lhe é reconhecido como imediatamente decorrente da condição humana era a liberdade, sendo que ao homem não se impunha nenhuma responsabilidade para com os fins dos demais seres humanos, salvo aquelas estabelecidas via contrato; ora como um gênero, diluído no Estado, a quem o ser humano tudo devia; ora como um filho irresponsável de um Estado/pai provedor.

A compreensão desses elementos essenciais constitutivos da pessoa humana e integrantes do conteúdo da sua dignidade imanente, como defendemos, importou evoluir para um novo modelo estatal e de uma nova cidadania da qual, segundo José Casalta Nabais, consente que a solidariedade seja um aspecto ou uma dimensão.

Observe-se que foi preciso vivenciar as atrocidades de duas Guerras Mundiais para que as *nações* começassem a refletir sobre a necessidade premente de desconstituição de tais paradigmas e de resgate, nos moldes preconizados, por um modelo efetivamente personalista, focado na pessoa humana e de sua imanente dignidade e, nesse, âmbito, com um conteúdo personalista para a solidariedade, embora o personalismo que defendemos não seja exatamente aquele defendido pela Filosofia Cristã.

Efetivamente, um novo modelo de Estado só se mostra possível se edificado sob uma distinta racionalidade, assumindo, necessariamente, a centralidade da pessoa humana e sua dignidade imanente como seu fundamento e seu fim, o que implica

reconhecer, como valor primordial de cada indivíduo, a liberdade e, também, de segurança e de justiça (da qual a solidariedade é uma forma de expressão), em igual abandono aos paradigmas assistencialistas e securitários⁵⁷⁵ e sua proposta de superar o individualismo e o socialismo - na figura do *Welfare State* -.

Falamos de um modelo jurídico-político centrado no indivíduo e em sua liberdade, mas que não perca a consciência de que a liberdade, a segurança e mesmo a questão social, não são problemas só do Estado, nem só da Comunidade Internacional, mas um problema dos homens, especialmente depois que nos defrontamos com a escassez e com o esgotamento dos recursos naturais, com as insuficiências do Estado, mas, também, e principalmente, depois da Segunda Grande Guerra Mundial, *quando se colocou diante de nossos olhos, pela primeira vez, mas de forma perene, o risco de extermínio da humanidade*, fazendo despertar para novos direitos e para uma centralidade que, como vimos, sequer é exatamente nova, senão que uma retomada, em termos conteudísticos, de sua concepção original: *a dignidade da pessoa humana*, de um homem agora compreendido segundo todos os seus elementos essencialmente constitutivos, como um ser único e irrepetível, tão humana em essência e dignidade como os outros, e naturalmente social, ligado que está aos demais por essa mesma condição humana, que lhe outorga direitos fundamentais oponíveis ao Estado, à Comunidade Internacional, aos Poderes Privados, nas relações de desigualdade material e aos demais indivíduos (ao menos na sua primeira dimensão, determinando deveres correlativos) e também deveres fundamentais.

Dar-se-á, a partir desse novo eixo, ou, se quiser, nesse resgate personalista, que implica o reconhecimento, na condição humana, de uma dimensão primordialmente individual e, secundariamente, social e relacional, uma verdadeira transformação no âmbito da solidariedade, porque essa realidade fará suplantar de vez, inclusive no âmbito jurídico, a ideia de o homem só se reconhecer como parte de uma raça, de um povo, de um partido, de uma família, de uma corporação de ofício (paradigma da Antiguidade); a ideia de um homem solitário, como uma parte isolada do todo em seu

⁵⁷⁵ Michael J. Sandel (in *Justiça: o que é fazer a coisa certa*), pontuando muito bem o paradigma individualista, mesmo do Estado Social, nos lembra que, “quando Franklin D. Roosevelt criou o *social security*, em 1935, ele não o concebeu como obrigação mútua entre os cidadãos”. Ele a concebeu como um sistema privado de seguros, com base em ‘contribuições’ por meio de folha de pagamentos, em vez de impostos sobre renda em geral. E quando, em 1944, estabeleceu as bases de bem-estar social para o Estado americano, ele o denominou ‘declaração dos direitos econômicos’. Em lugar de propor o Estado de bem-estar social como uma política comunal, Roosevelt argumentou que tais direitos eram essenciais para a ‘verdadeira liberdade individual’, acrescentando que os homens necessitados não são homens livres (op.cit., p.271).

mundo interior e nisso se resumir o seu direito de livre desenvolvimento da personalidade (modelo individual-liberal), ou como um simples gênero (ideário dos regimes socialistas, comunistas e totalitários).

Foi justamente nesse ambiente, em especial, de crise⁵⁷⁶ do modelo de Estado Social e de (re)descobrimento da solidariedade, que surge esse novo modelo de homem, de cidadão, de sociedade, de Estado, bem como um novel fundamento e uma finalidade atual e contemporânea do Estado e do Direito, como um novo paradigma de Constituição, cuja racionalidade se orienta por um princípio *personalista* nos moldes acima preconizados, a reger a ordem social, em que a solidariedade se identifica, enquanto uma forma de expressão da justiça, elemento essencial da condição humana, aquele conjunto de instrumentos voltados a garantir a liberdade e a responsabilidade do indivíduo, a segurança e a existência comum de todos em uma sociedade que visa ao desenvolvimento livre e justo do indivíduo e de todos os seres humanos, consagrando uma ideia de equilíbrio (e não de equalização), com primazia da liberdade do indivíduo, bem como com respeito, conformação e promoção da diversidade e a pluralidade. É dessa justiça que a solidariedade é expressão.

Do afirmado, importa constatar que o homem não é um ser que efetivamente baste a si só; que vive em sociedade por opção. Ele não nasce só, não se mantém só, sendo marcado pela pertinência, embora nasça livre, na concepção de não ser escravo. Precisa ser alimentando desde o nascimento. Já nasce num contexto social de cujo apoio depende por longos anos.

Por outro lado, há que se rechaçar também, a noção de que o homem seja uma ideia aprisionada em um corpo, algo que nunca é o que parece ser ou algo que só por aproximação é. Não comungamos igualmente da perspectiva de que o homem seja só

⁵⁷⁶ Crise que Wambert Gomes Di Lorenzo vai apontar muito mais como uma crise de paradigmas, reputando-a como causa de todas as demais (fiscal, estrutural, institucional), pois, em que pese as várias proposições semânticas sobre o que vem a ser um Estado Social, onde todas demonstrem uma preocupação com a questão social, elas pecam em sua racionalidade ético-política, pois centradas numa matriz antropológica somente individualista (*in O Estado de Solidariedade*, pp.12-13). Neste aspecto, também concordamos inteiramente com o autor, assentes que o Estado Social, que pretendeu fazer um mapeamento de suas causas e consequências, pois não se insere em nossa proposta, resultou muito mais do medo da ascensão socialista do que da ideia de uma responsabilidade comunitária ou como uma ideia de justiça substancial; do pensamento de que seria melhor uma margem reduzida de lucros a enfrentar o monopólio estatal dos meios de produção. Ou seja, ele não nasceu de uma consciência social, da ideia de uma responsabilidade de cada um pelo destino de seus semelhantes, razão pela qual a crise do próprio modelo socialista (a diminuir o medo), assente que foi na ideia de que era preferível o aumento da carga tributária, para fazer frente aos direitos sociais, ao objetivo de enfrentar o socialismo, o aumento da expectativa de vida, a diminuição da natalidade e o envelhecimento da população, a crise do petróleo, dentre outros fundamentos que não a própria dimensão social do ser humano.

um animal político⁵⁷⁷, que só no âmbito de uma sociedade política possa alcançar a perfeição, cuja teleologia da vida social seja viver melhor em comunidade, ou de nela proteger a si e aos seus bens. Não é um gênero alheio de sua individualidade. O homem também não é o que afirmou Fernando Pessoa, com sua licença poética, “*um cadáver antecipado*”.⁵⁷⁸

Reconhecemos o quão difícil é buscar uma identidade humana em tempos em que o homem está sendo programado pela ciência, modificado pela engenharia genética, superado pelo mercado, debilitado pela indiferença ecológico-ambiental, submetido a critérios tecnológicos dos mais variados e se perdendo no relativismo atroz da pós-modernidade, que não abre espaço para uma razão una, única e com letras maiúsculas.

Sabemos que a razão pós-moderna coloca um subsistema ao lado de outro e mais outro, justapondo-os, sem buscar uma ordem de importâncias superiores e invioláveis, pois ela nega a existência de princípios e leis que sejam universalíssimos e que interliguem os diversos subsistemas; compreendemos perfeitamente que a razão pós-moderna é intensamente nietzscheana⁵⁷⁹ e não comunga, por isso, da ideia de valores

⁵⁷⁷ Ideia que remonta a Aristóteles e que, como observa Paulo Bonavides (in *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, pp.75-76), permitira justificar “*o Estado paternalista (e, em sua expressão mais crua, despótico), no qual o indivíduo não possui por natureza nenhum dos direitos da liberdade, direitos dos quais, como uma criança, não estaria em condições de se servir, não só para o bem comum, mas nem mesmo para o seu próprio bem. Não é por acaso que o adversário mais direto de Locke tenha sido o mais rígido defensor do Estado patriarcal; ou que o defensor do direito de liberdade como direito fundamental, de onde todos os outros decorrem, tenha sido ao mesmo tempo o mais coerente adversário do patriarcalismo, ou seja, daquela forma de governo na qual os súditos são tratados como eternos menores.*”

⁵⁷⁸ Por seu heterônimo Ricardo Reis. *Nada Fica de Nada. Nada Somos*. <http://arquivopessoa.net/textos/1809>. Acesso em 13 de fevereiro de 2019.

⁵⁷⁹ Em alusão a Friedrich Wilhelm Nietzsche, filósofo, filólogo (tendo se graduado em Filologia Clássica, que visava a restabelecer a linguagem e os textos dos antigos gregos), crítico cultural, poeta e compositor prussiano do século XIX, nascido na atual Alemanha, que centrou sua filosofia em períodos anteriores a Sócrates e Platão, dos quais foi um crítico ferrenho e que veio a falecer em Weimar, em 25 de agosto de 1900. E sua obra “*Humano, Demasiado Humano*”, Nietzsche defende a sua concepção humana. Ele admite que o próprio homem cria seus valores (que na têm de divinos, são criações humanas), mas, depois de criá-los, esquece a sua criação, porque vê neles algo transcendente, eterno. Assim, é homem que diviniza os valores, mas tudo é uma questão humana e, como tal, são valores criados, transformados pelo homem, sujeitos a mudanças. Nietzsche também critica o Cristianismo, referindo-se a ele como uma manifestação de decadência, de fraqueza e da negação da vida, pois coloca os valores cristãos como eternos e sagrados, como superiores à nossa própria vida humana. Aliás, só os indivíduos que têm uma constituição físico-psicológica muito doente é que precisam da Religião (para o Filósofo, algumas pessoas realmente precisam de venenos). Nietzsche assume que o mundo passa por uma alternância constante entre criação e destruição, alegria e sofrimento, entre o bem e o mal (tema especialmente tratado em sua obra “*Para Além do Bem e do Mal*”) e que esses opostos fazem parte da constituição do ser humano e da própria pessoa. Nós é que temos o hábito de separar as coisas entre certo e errado, verdadeiro e falso, quando, em realidade, não existe nenhum dualismo. Vida e morte estão muito próximas uma da outra. Elas estão, como todas as coisas dentro de nós, muito imbricadas. Scarlett Marton (in *Nietzsche Filósofo da Suspeita*. Casa da Palavra: São Paulo, 2010) define como o filósofo da suspeita, porque ele nos convida a suspeitar das nossas crenças, dos nossos preconceitos, das nossas convicções, de tudo aquilo em que a gente acredita, inclusive, da própria natureza humana, avesso que era às filosofias dogmáticas, que chegam a verdades últimas e definitivas. Seu pensamento é inteiramente

que sejam válidos para todos, em qualquer lugar do universo, em todos os tempos, numa espécie de retorno ao relativismo e à versão protagórica de verdade: cada subsistema tem a sua e é cambiante.

Essa consciência, contudo, não implica concordância com a perspectiva da razão na pós-modernidade e das filosofias subsistemáticas que negam uma verdade última, que ligue todo o conhecimento humano, todas as ciências, e que constitua verdade ou verdades absolutas, atemporais e universais, válidas para todos os tempos, para todos os lugares e para todos os homens.

Ao nosso modo de ver, o homem é essa verdade, e a razão humana é estática, definitiva e eterna, em qualquer tempo e lugar, e sua imanente dignidade, decorrente da razão humana, em nossa percepção, atua como um princípio inclusivo da alma com o corpo, da Sociedade com o indivíduo, da Política com o indivíduo, do Direito com o indivíduo, do Constitucionalismo com o indivíduo, da Sociedade Internacional com o indivíduo, aqui falando, portanto, de um personalismo formatado não aos moldes de um todo dentro de um todo, mas de um todo em cuja primazia repousa no homem, sem descurar de sua dimensão social que se extrai dos elementos essenciais que constituem a pessoa humana: liberdade, segurança e justiça, cuja solidariedade é uma forma de expressão, projetando-se, em dada medida, sob os outros elementos essenciais, justificando limitações excepcionais de liberdade, que não é absoluta.

E não concordamos com o postulado pós-moderno, a uma, porque, socorrendo-nos, mais uma vez das lições de Carlos Roberto Cirne-Lima⁵⁸⁰, essa postura incorre em uma grande contradição performativa, compreendida como aquela afirmação que se autodestrói. Quem afirma “*não existe nenhuma proposição verdadeira*” tem a pretensão de que ao menos esta não seja falsa. O mesmo ocorre quando alguém diz que “*não há nenhuma proposição verdadeira que perpassasse todos os subsistemas*”, pois, ao afirmá-lo, estará dizendo que ao menos essa proposição é válida para todos os subsistemas.

experimental, tanto é que ele se permite colocar o próprio pensamento sob suspeita. Para Nietzsche, a base da vida é o agora. Tudo o que interessa é a vida que, em sua ótica, é sempre um processo, nela nada havendo de estável (tudo é movimento, aos moldes de Heráclito), nada é estático, sem prejuízo de reconhecer a sua impermanência; sobretudo, a vida é uma luta. Essa luta, em Nietzsche, não é externa; é uma luta interna constante com os nossos impulsos, nossas energias, nossas forças, uma luta que, não obstante, não tem um objetivo definido. Isso é viver. Porém, o ser humano não tem nenhum controle sobre isso. A razão é só mais um desses impulsos e não é maior do que os outros. Às vezes ela se sobrepõe, às vezes não. Por isso, o Filósofo compreende que nós não somos uma unidade, mas uma multiplicidade, no sentido de que “*vivem em mim inúmeros*” de que trata o poema “*Tenho Mais Almas que Uma*”, de Ricardo Reis, heterônimo de Fernando Pessoa. (in <http://www.citador.pt/poemas/tenho-mais-almas-que-uma-ricardo-reisbrheteronimo-de-fernando-pessoa>. Acesso em 13 de fevereiro de 2019).

⁵⁸⁰ In *Dialética para Principiantes*, p.18.

A duas, porque, como destaca Béatrice Maurer⁵⁸¹, “*ainda que a Filosofia busque a verdade - e nós acreditamos nela -, jamais poderemos abarcá-la em sua totalidade*”. Isso, como enfatiza a autora, “*não impede a pesquisa, mas exige modéstia*”.

Logicamente, não estamos aqui atrás dessa magnitude ou de um princípio único que explique ou analise o homem. Somos perfeitamente conscientes de que, desde os tempos mais remotos, o mundo se debate com questionamentos em torno dessa identidade e não temos, nos limites dessa pesquisa, nenhum objetivo em esgotar ou desenvolver uma *Teoria da Humanidade*.

Nosso propósito é colher, desde uma teoria personalista que confira primazia ao indivíduo, sem descurar de sua dimensão social, aquelas ideias que mais se harmonizam com o que entendemos como da essência da condição humana, a razão humana, que são autoevidentes, para afirmar que nelas podemos fundamentar a tese que advogamos: a solidariedade como uma expressão da justiça que, junto com a segurança e com a liberdade, com precedência desta, são elementos essenciais da pessoa humana e, dialogando entre si, especialmente em razão da igualdade, são também elementos constitutivos da dignidade da pessoa humana e, portanto, heterovinculantes e imperativos para o próprio ser humano (porque autolimitam seu livre arbítrio), para a coletividade, para as entidades públicas e para as entidades privadas, ou seja, obrigam, sem direitos correlatos, independentes de convenção humana; ainda que, em razão da dignidade da pessoa humana comportar aspectos materiais e imateriais, a solidariedade que nela encontra seu fundamento, notadamente no elemento justiça, se concretiza por meio de deveres fundamentais autônomos.

Queremos deixar bem claro que, nesse tema, não acreditamos seja possível uma definição hermética e acabada. Talvez sequer o homem e sua condição humana possa, pelo Filosofia, pela Física, pela História, pela Moral, pela Ética, pela Política, pela Sociologia, pela Psiquiatria, pela Psicologia, pela ciência, enfim. Talvez o plano físico não possa sequer esgotar essa explicação, pela compreensão de que não é possível separar, no homem, corpo e alma.

Talvez seja ingloria e, por demais, reducionista da razão humana, uma explicação (na perspectiva platônica) ou uma análise (na perspectiva aristotélica) somente científica e física de um ser que pensa racionalmente, com consciência moral, que é dotado de

⁵⁸¹ MAURER, Béatrice. *Notas sobre o Respeito da Dignidade da Pessoa Humana ou Pequena Fuga Incompleta em Torno de um Tema Central*. In SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Dimensões da Dignidade Humana: Ensaios Filosóficos do Direito e do Direito Constitucional*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp.119 e s.

linguagem, que avalia, que pondera, que escolhe, que admira, que contempla, que ama, que odeia, que define uma razão e um sentido para a sua vida; um ser que é, enfim, na definição de Mário Emílio Bigotte-Chorão⁵⁸², “*uma unidade substancial corpóreo-espiritual*”, um ser que não é dotado somente de instintos, nem só de razão.

Talvez o homem seja mesmo um enigma indecifrável e não seja, por isso, possível negar a metafísica. Entretanto, olhando para o ser humano concreto, aquele que está aí diante de nossos olhos, nossa postura humanista-personalista que defendemos, com primazia no individual, sem descurar da vertente naturalmente social do indivíduo e de suas consequências e responsabilidades, refuta as concepções positivistas e historicistas e quer situar o homem como pessoa e sua eminente dignidade como o ponto de partida de todos os pensamentos, para todas as ordens normativas e para todas as ciências, inclusive as políticas e sociais.

A palavra *homem* deriva do latim *homo* que, a seu turno, radica em *humus* cujo significado é *terra* e, empregado com uma função adverbial (*humus*), significa “*da terra*”. Essa origem também se fundamenta na simbologia judaico-cristã do primeiro homem, *Adão*, que, segundo a Bíblia, teria sido feito da terra e a ela deveria retornar.⁵⁸³

Anthropos será, à sua vez, o seu correspondente no grego. Aliás, as filosofias antiga e medieval, arraigadas na tradição que definia o animal como um ser capaz de sentir e de se locomover livremente no espaço, conferiram essa condição ao homem. Na primeira parte deste estudo, vimos que Aristóteles identificou o homem como um animal (*zoon*) que, na sua doutrina, só atingia a sua plenitude na *pólis*, por meio da razão, pois essa era a sua finalidade.

Essa concepção animalista adentrou os séculos e se mantém, ainda, muito presente, em especial, nas teorias evolucionistas e nas ciências da natureza que conferem ao homem a condição animal, espécie do gênero, pertencente à classe dos *primatas*; o *homo sapiens*, do latim *homem sábio*.

Esse entendimento em torno de uma antropologia animalista, que circunscreve o homem a uma realidade biológica, leva a uma visão parcial da condição humana, pois ele contempla uma dimensão exclusivamente animal do ser humano de cunho eminentemente instintivo.

⁵⁸² In *Bioética, Pessoa e Direito*. Em <http://www.ucp.pt/site/resources/documents/SCUCP/destaques-bioetica.pdf>. Acesso em 20-03-2013.

⁵⁸³ Segundo o Livro de Gênesis, Capítulo 2, versículo 7: “*E formou o SENHOR Deus o homem do pó da terra, e soprou em suas narinas o fôlego da vida; e o homem foi feito alma vivente*”. No Capítulo 3, versículo 19, encontraremos Deus dizendo a Adão: “*No suor do teu rosto comerás o teu pão, até que te tornes à terra; porque dela foste tomado; porquanto és pó e em pó te tornarás*”.

Tal enfoque não deixa de ter, em alguma medida, relevância para a temática da solidariedade, à medida que os animais, quase todos eles, são seres naturalmente gregários, em especial, pela natural necessidade de procriação, manutenção, proteção e conservação das espécies.

Mas não é só por isso que se há de concluir que os *primatas superiores*, os seres humanos, são também sociais por natureza. A perspectiva animalista é, em boa verdade, incompleta⁵⁸⁴, pois, embora ela tenha o mérito de conduzir a uma compreensão sobre o homem como um ser necessariamente inserido em um contexto social, o que acarreta enormes consequências de ordem social, econômica, jurídica e política, ela deixa a descoberto o que é singular da condição humana: a consciência moral de que antes falamos e o discernimento.

Dita concepção que reduz o homem aos seus aspectos biológicos é incompleta, verdadeiramente, porque não considera o que é próprio da natureza humana: a *consciência moral*, que consiste na capacidade de o ser humano julgar as suas ações, de discernir entre o certo e o errado, e de escolher o seu caminho na vida.

Como enfatiza Wambert Gomes Di Lorenzo⁵⁸⁵, “*não há moralidade na ação de um touro que, não reconhecendo mais a mãe, com ela é capaz de copular. Foge da moralidade o comportamento de uma vaca que, por causas hormonais, não reconhece e não alimenta sua cria. Não se pode chamar sadismo a zoofagia, a avidez do predador que sequer espera a presa morrer para devorá-la*”.

Tais impulsos são desprovidos de moralidade e são atípicos por uma explicação bastante singela: eles não são pautados pela razão, pela consciência⁵⁸⁶; não são, por conseguinte, livres. A consciência e a liberdade são requisitos da conduta e os animais não dispõem desses atributos.⁵⁸⁷

⁵⁸⁴ Registre-se que há quem aceite como suficiente a teoria antropológica animalista, que reduz o homem a um gênero biológico e até consiga dessa concepção extrair padrões e sistemas éticos. É o caso de Jaques Derridá, para quem, não há propriamente uma descontinuidade entre o homem e o animal. Sendo-lhes comum, inclusive, a mesma alteridade (in *O Animal que Logo Sou*. São Paulo: Editora UNESP, 2002, p.59).

⁵⁸⁵ In *Teoria do Estado de Solidariedade*, p.28.

⁵⁸⁶ As ciências penais, de regra, ao tratarem da culpabilidade em sentido amplo, como pressuposto de aplicação de pena, bem assimilaram essa ideia. Não é por outra razão, por exemplo, que o artigo 26, *caput*, do Código Penal Brasileiro, dispõe que “*é isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento*”. Sem consciência, portanto, não há falar em escolha ou livre arbítrio quanto à autodeterminação.

⁵⁸⁷ Wambert Gomes Di Lorenzo (in *Teoria do Estado de Solidariedade*. Porto Alegre: Elsevier Editora, 2010, p.28) destaca, a propósito das diferenças entre o homem e outros animais, afirmando que são exatamente a consciência e a liberdade, uma vez que tais atributos dão ao homem a capacidade de sentir-se nu; já o animal, qualquer vestimenta que nele se coloque, não passará de mero adorno. Para

Pela consciência moral e pela liberdade, entre ser animal e ser humano, existe uma diferença abissal. Ser humano é ser *pessoa*, não sendo demasiado repetir que, enquanto para o animal, o *ser* significa *existir*, para a pessoa, o *ser* significa *plenitude* e não apenas uma existência enquanto parte de sua espécie.

Essa realidade traduz a insuficiência da antropologia animalista e conduz a pensar o ser humano sob uma perspectiva diferente, isto é, também segundo uma antropologia *personalista*, que busca *a compreensão do homem em si mesmo*. Observe-se que nossa proposta se trata de uma perspectiva personalista complementar, que realiza uma releitura da compreensão tradicional de homem, não apenas a partir do cosmo, tampouco só como um mero gênero, mas enquanto uma experiência em si mesmo, em que é um ser único, individual, irrepetível e que se complementa, justamente por ser pessoa humana, por uma dimensão social.

José de Oliveira Ascensão⁵⁸⁸ é contundente ao afirmar que, o que caracteriza o homem, em primeiro lugar, é *“a possibilidade de se contrapor ao mundo, tendo dele consciência e dominando-o. Em vez de se esgotar num conjunto de ações/reações com a realidade exterior, como acontece com os animais, o homem impõe a esta os seus fins próprios, fora dos instintos, e determina-se com liberdade, integra-se no mundo, mas não se reduz a este”*, o que se inscreve na ideia de uma primazia do indivíduo.

Em segundo lugar, enfatiza o autor, *“a pessoa é o único ser capaz de se autopossuir. O animal ouve e vê, sem saber que ouve e vê. Mas a pessoa tem consciência e domínio de suas próprias funções psíquicas, até a consciência da morte. O animal só tem consciência de perigo e da dor”*.

E complementa com importante lição aduzindo que, sobretudo, *“o homem tem os seus fins, e a capacidade de prosseguir fins, que ultrapassam o condicionamento biológico”*. Esse aspecto, no dizer do autor, *“abre-nos a um campo fundamental, onde encontramos a caracterização de pessoas como entidades éticas, mais que biológicas. O homem tem o sentido de seus fins intrínsecos”*. Por assim ser, ele *“tem o sentido de*

exemplificar essa situação, o autor se vale de um clássico da literatura inglesa, *As viagens de Gulliver*, de Jonathan Swift. Depois de várias viagens, na última, Gulliver encontra os Houyhnhns (uma comunidade perfeita, uma clara alusão à Ilha da Utopia de Tomás Morus, de cuja obra trataremos mais adiante), uma raça de cavalos que possuía muita inteligência (em verdade, era uma representação dos ideais iluministas da verdade e da razão). Os Houyhnhns temiam que alguém dos Yahoos (uma raça imperfeita de um tipo de "humanos" movidos por instintos primitivos) se tornasse culto, satirizando a raça humana. Gulliver vê a humanidade como yahoos e toma nojo do ser humano. Gulliver, em verdade, lá descobre que um Yahoo (que antes, estava em um estado de pureza original) é cheio de vícios e defeitos. Os Houyhnhns tinham consciência de que Gulliver era um yahoo, uma ameaça para aquela sociedade e, por isso, o expulsaram antes que ele contagiasse aquela ordem social perfeita.

⁵⁸⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira, in *Direito Civil - Teoria Geral*. Volume I. *Introdução às pessoas e aos bens*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2000, pp.46-48.

responsabilidade na prossecução desses fins”, é dizer, “*tem o sentido da transcendência.*”. Ele é o único ser capaz de se abrir a ela.

Lembra uma vez mais José de Oliveira Ascensão, que, “*mesmo as manifestações mais primárias deste sentido, como os tabus, caracterizam um fenómeno irredutivelmente humano. A abertura a fins próprios caracteriza o homem, como dissemos, como ser ético e não só biológico. Esta dimensão permite-lhe que o mundo seja enquadrável numa visão de dever-ser. O homem é responsável pelo seu destino*”.

Surge aí, no dizer do autor, o aspecto dinâmico da personalidade que permite afirmar que o homem é um “*projeto a realizar*”. Assim, segundo José de Oliveira Ascensão, a dignidade humana consiste não só na formal capacidade de escolha, pois isso até mesmo os animais possuem: a dignidade humana consiste nessa autorresponsabilidade pelo próprio destino, daí a sustentarmos que não se descarte haver outros elementos essenciais da condição humana e, por conseguinte, outros elementos constitutivos de sua própria dignidade, que está em permanente construção.

O que se afirma, de forma impostergável, é que a liberdade, com primazia, a segurança e a justiça (e seus modos de expressão, dentre os quais se encontra a solidariedade) não são elementos inarredáveis da condição humana.

E a primazia da liberdade se afirma porque o homem é livre e assim deve ser reconhecido: a liberdade, no dizer de José de Oliveira Ascensão, é uma *exigência ética*, e não um postulado individualístico, porque só na liberdade pode o homem construir o seu destino.

E porque o homem não é apenas um gênero, que simplesmente existe, mas, sim, um “animal” cujo *ser* ou *existir* significa *plenitude*, o homem é um sujeito que tem experiência de si. Todo homem é pessoa, constatação que produz dois resultados práticos, um no âmbito ético e outro na Teoria do Estado: no primeiro, proclama uma ética de *não-indiferença* em face do outro; no segundo, uma alteração de paradigmas, pois, colocada no seu vértice, como causa e finalidade último de toda sociedade política, a pessoa humana lhe impõe um *humanismo político*, segundo o personalismo por nós defendido.

O homem, com efeito, não é só um sistema de ossos, músculos, nervos e líquidos que atua sobre a base de impulsos químicos, nem apenas um qualquer indivíduo pertencente à espécie animal que apresenta maior grau de complexidade na escala evolutiva e, portanto, uma mera espécie de um gênero.

Por outro lado, ele também não é apenas um animal racional político, muito menos uma versão renascentista-cartesiana, cuja dignidade reside só no pensamento que o confinou no individualismo: o homem é, uma vez mais, *pessoa*. “Ao afirmar que um homem é uma pessoa, queremos significar que ele não é somente uma porção de matéria (...) O homem é um indivíduo que se sustenta e se conduz pela inteligência e pela vontade (...) Não existe apenas uma existência física, há nele uma existência mais rica e mais elevada, que o faz superexistir em conhecimento e amor”.⁵⁸⁹

Essa afirmação tão corriqueira - o homem é pessoa -, à partida, oculta mais do que revela. Mas, bem examinada, em especial no contexto acima, conduz à conclusão de que ser pessoa é ser um indivíduo, em primeira linha, mas também abrir-se ao infinito.

A pessoa, segundo uma definição clássica de Boécio (480 a 524d.C), é uma substância *individual de natureza racional*. Mesmo inspirado por um jusnaturalismo divino, Boécio, em sua *A Consolação pela Filosofia*⁵⁹⁰, afirmava que pessoa é uma substância justamente porque existe por si; é individual, porque, se a substância que é a pessoa possui um ato de ser próprio (não existe em outra coisa senão em si mesma), ela é, então, distinta de tudo; logo, um indivíduo; as substâncias são, na sua percepção, individualizadas por si mesmas, pois são indivisas por si mesmas. E, finalmente, a pessoa é uma substância individual de natureza racional, porque possui o domínio sobre os seus atos, ou seja, ela não está fadada a agir por causalidade natural, segundo as leis naturais, mas pode desencadear uma causalidade própria, na medida em que possui a capacidade de agir por si mesma. Assim que Boécio vê na pessoa uma substância racional que, além de existir por si mesma, sendo, pois, indivisa, em razão de sua racionalidade, é capaz de agir por si, no que concordamos absolutamente.

Essa ideia, de certo modo, se contém no postulado cartesiano do “penso, logo existo”, quando, em um ambiente de dúvida generalizada, Descartes reintroduz a certeza a partir da consciência da existência de si mesmo, pelo fato de ser um “pensante”, com o que inaugura a ideia Moderna de sujeito, em que, como visto na primeira parte desta

⁵⁸⁹ MARITAIN, Jacques, in *Os Direitos Do Homem*. Rio De Janeiro: José Olímpio, 1967, p.6.

⁵⁹⁰ Obra que escreveu na prisão, enquanto aguardava a execução de sua pena de morte, em que o Filósofo trata fundamentalmente sobre a questão da verdadeira felicidade. Nela, Boécio, em sua ética inspirada nos antigos, procedendo com argumentos aristotélicos e estoicos, trata de identificar não só o conceito de pessoa, mas, também, de felicidade, para, depois, desconstruir aquilo que os humanos chamam normalmente e conhecem como tal e que, para o Filósofo, era algo limitado e peremptório no senso comum. A felicidade verdadeira que preconizava não se acha na matéria e só existe em Deus, pois só aí é durável e perfeita. Mas é necessário abstrair da razão e de todas as sensações para que o homem se possa lançar ao encontro do uno, ao bem perfeito.

investigação, o *pensante* passa a ser, parafraseando Protágoras, a medida de todas as coisas.

Nem sempre os pensadores tiveram tanta clareza em torno do conceito de pessoa. Thomas Hobbes, por exemplo, em seu *Leviatã*, definiu a pessoa a partir da sua função, pelo seu papel social, isto é, refletindo a posição de quem vê a pessoa como um ator social⁵⁹¹, investida da dignidade de seu papel.

Mas essa visão restou suplantada com o pensamento kantiano, quando, a propósito de refletir sobre o ser pensante-existente cartesiano, Immanuel Kant o afirmou como *sujeito moral*, inaugurando a noção de que o ser humano é dotado de uma dignidade enquanto tal, ideia que, de certo modo, se inscreve na tradição cristã que atribui a cada ser humano um valor primordial, independente de seu mérito individual e de sua posição social.

Em razão desse imanente valor da pessoa humana, singularmente considerada, essa condição afasta a possibilidade de se aceitar a sua reificação, obstando a que o ser humano seja tratado como um meio à obtenção de fins, o que, destarte, se opõe, diametralmente, às concepções utilitaristas de maximização do bem-estar e da máxima felicidade para um número maior de pessoas como parâmetro de avaliação da justiça e da injustiça de uma determinada conduta.⁵⁹²

Na perspectiva utilitarista, o sequestrador poderia ser torturado, a fim de que ele confessasse o local de cativeiro de sua vítima; a confissão do crime também poderia ser obtida por meio da tortura; de igual modo, ela justificaria que se sacrificasse uma vida, se fosse a pretexto de salvar muitas outras⁵⁹³, o que em nada se harmoniza com a condição de pessoa humana e sua dignidade imanente, muito menos com solidariedade.

⁵⁹¹ “Uma pessoa é aquele cujas palavras ou ações são consideradas quer como suas próprias, quer como representando as palavras ou ações de outro homem, ou de qualquer outra coisa a que sejam atribuídas, seja com verdade ou por ficção. Quando elas são consideradas como suas próprias, ele se chama pessoa natural. Quando são consideradas como palavras e ações de um outro, chama-se-lhe uma pessoa fictícia ou artificial...E personificar é representar, seja a si mesmo ou a um outro; e daquele que representa outro é portador de uma pessoa...”(in *Leviatã*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Coleção *Os Pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p.86).

⁵⁹² Jeremy Bentham (1748-1831), filósofo e jurista inglês, um dos últimos Iluministas, é um expoente e difusor do utilitarismo (teoria ética normativa que objetiva a responder todas as questões acerca do fazer, admirar e viver em termos da maximização da utilidade e da felicidade), ao propor a construção de um sistema de filosofia moral, não apenas formal e especulativa, mas com a preocupação radical de alcançar uma solução à prática exercida pela sociedade de sua época. Sua teoria tem, portanto, caráter filosófico, reformador e sistemático.

⁵⁹³ Dilemas morais tão bem tratados por Michael J. Sandel, in *Justice: o que é fazer a coisa certa*. Tradução de Haloísa Matias e Maria Alice Máximo. 4ª ed. Rio de Janeiro, 2011.

Robert Spaemann⁵⁹⁴, filósofo alemão, afirmou que o conceito de pessoa é um *nomen dignitatis*. Isso significa que, a condição de pessoa, a cada momento, requer o reconhecimento por parte da comunidade. Daí a sua incompatibilidade com o utilitarismo.

Ser pessoa, sem embargo do reconhecimento de uma singular existência, implica o reconhecimento de uma dimensão relacional. Para o indivíduo, a vida inteiramente isolada importa, antes de tudo, a amputação de uma vida plenamente humana.

Com isso dizemos que, diferentemente do que pretendiam os liberais, ao reduzir o ser humano ao indivíduo abstrato, ou como queriam os comunistas ou socialistas, ao circunscrever o homem ao social, que *pessoa* é um conceito que refuta tanto o conceito liberal como os conceitos meramente sociais e socialistas de homem, na medida em que ele traduz uma perspectiva ponderada dessas duas pretensões, dizendo que o homem é individual, primeiramente, mas, também, social. Por isso que ele é uma pessoa (indivíduo) humana (dimensão social). E cada homem, misteriosamente, é a humanidade individualizada.

Reconhecer a condição de pessoa importa afirmar, de acordo com o personalismo desenvolvido por Jacques Maritain, que “*o ser humano é um todo em si, mas é um todo aberto, que precisa viver em sociedade, pelas próprias necessidades naturais...o valor da pessoa, sua liberdade, seus direitos, pertencem à ordem das coisas naturalmente sagradas*”.⁵⁹⁵

Com isso concordamos em parte, porque não comungamos de um personalismo que deixe de conferir primazia à dimensão individual do homem, em detrimento do social, sem embargo de admitirmos o caráter necessariamente complementar desta em relação àquela.

O *personalismo* que defendemos nessa investigação inverte a posição do modelo de círculos concêntricos, em que o maior representa a coletividade e o menor o indivíduo. Personalismo, neste estudo, propõe que o ser humano individual, único e irrepetível, dotado de razão, consciência moral e linguagem, configure o maior dos vínculos

⁵⁹⁴ “All human beings are persons, the term ‘person’ as a *nomen dignitatis* in just the same way, To ascribe ‘personal existence’ is to recognize that someone can claim a certain kind of treatment from anyone who encounters him” (in *Persons: The Difference between Someone and Something*, <http://books.google.com.br/books?id=ougPr1QM5d8C&pg=PA6&lpg=PA6&dq=robert+spaemann++nomen+dignitatis&source=bl&ots=QgegrcXULY&sig=QBEmxZ8dZ0u4kT8vN3fLUcesXwM&hl=pt-BR&sa=X&ei=LWVHUfPYFMPD4AOnx4DoBQ&ved=0CD0Q6AEwAQ#v=onepage&q=robert%20spaemann%20%20nomen%20dignitatis&f=false>, p.06, acesso em 18-03-2013).

⁵⁹⁵ MARITAIN, Jacques, in *Os Direitos do Homem*. Rio de Janeiro: José Olímpio, 1967, p.17.

confluentes e, dentro dele, um menos representativo de uma outra dimensão essencial do homem: a social.

Também divergimos quanto à ideia de o homem estar na ordem das coisas naturalmente sagradas. Fosse assim, a própria Inquisição não teria matado tanta gente e essa vinculação da condição humana a uma ordem sagrada excluiria, por si só, a liberdade, inclusive a liberdade religiosa de em nada crer para além dessa vida e o que nela vê e experiencia. Não é a nossa crença, mas afirmamos que não acreditar nessa ordem sagrada ainda é liberdade. Não é, ao nosso modo de ver, a pertinência a uma ordem naturalmente sagrada que nos confere a condição de pessoa humana, tampouco o que nos credencia à dignidade inalienável dela imediatamente decorrente.

A palavra “pessoa” deriva do latim *persona* ou, do grego, *prosopón* (rosto)⁵⁹⁶, designando máscara, podendo ainda ser relacionada à natureza, à essência⁵⁹⁷. Nesse sentido, compreendemos que “*se é certo que cada pessoa pressupõe um espaço de afirmação individual*”⁵⁹⁸, não é menos certo que ela não pode ser desligada de sua vivência em sociedade, na medida em que, cada pessoa é também - e sempre - em alguma medida, comunitária: a vida em sociedade é natural e constitutiva de sua própria condição humana, segundo os elementos essenciais que já identificamos, ou seja, não há falar em condição humana desconsiderando-se essa esfera relacional do homem. É só a partir da pessoa humana e do diálogo entre liberdade, com primazia, segurança e justiça, sob a projeção da igualdade, que podemos compreender a solidariedade.

⁵⁹⁶ Maria Celina Bodin de Moraes (in ***O Conceito de Dignidade Humana: Substrato Axiológico e Conteúdo Normativo***. SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.112) destaca a explicação de Cícero, em *De Officiis*, onde assinala que o vocábulo latino *persona* servia, originalmente, para designar a máscara usada pelos atores durante as representações teatrais; também os gregos tinham a sua máscara com idêntica significação.

⁵⁹⁷ No teatro grego, a máscara servia para dar aos atores a sua personagem, a sua “*persona*” (equivalente à máscara). As máscaras eram tipificadas, correspondendo a um tipo de personagem pré-determinado, tendo também expressões faciais imutáveis que indicavam o destino último da personagem. Elas, bem de ver, simbolizavam já ali a pluralidade humana, firmando “pessoa” como uma pluralidade de indivíduos. Maria Celina Bodin de Moraes (in ***O Conceito de Dignidade Humana: Substrato Axiológico e Conteúdo Normativo***. SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.112) refere que as máscaras romanas, ao contrário das máscaras gregas - que se encaixavam sobre a face do ator para substituí-la pela do personagem -, tinham por objetivo favorecer a passagem da voz do ator, ou seja, não tinham a função de escondê-lo ou substituí-lo, mas para isolar a emoção (*per sonare*) que se desejava transmitir (não o rosto de um homem colérico, mas os traços da cólera mesma), ou seja, não uma pessoa, mas um papel e foi com essa conotação que o termo passou do teatro ao Direito Romano, como uma parte abstratamente considerada, a quem se atribuem direitos e deveres.

⁵⁹⁸ OTERO, Paulo, in ***Lições de Introdução ao Estudo do Direito***. V.I, Tomo I. Lisboa: Pedro Ferreira Artes Gráficas, 1998, p. 65.

Ser pessoa é ser alguém, e não algo, e não coisa, e não mero elemento de um grupo qualquer (enquanto membro de uma família, de uma tribo, da pólis, do Estado ou da Comunidade Internacional).

O ser, parafraseando C.B. Macpherson⁵⁹⁹, “*é humano enquanto proprietário da própria pessoa*”, o que reclama e exige liberdade com primazia. “*O ser humano, antes de ser cidadão, é pessoa*”⁶⁰⁰, o que reclama a complementariedade da dimensão social. Ele vale pela sua própria natureza. Na condição de pessoa reside a sua essência e dessa concepção personalista, construída segundo a primazia do individual sobre o social, decorre a titularidade de direitos universais, cuja essencialidade é superior e antecede qualquer participação política e de deveres fundamentais autônomos, que seguem a mesma ordem, pois heterovinculantes e independentes de convenção humana.

Ao afirmar que um homem é uma pessoa, queremos significar, como disse Jacques Maritain⁶⁰¹ que “*ele não é somente uma porção de matéria*”; que “*o homem é um indivíduo que se sustenta e se conduz pela inteligência e pela vontade...*”. A vida comunitária, nesse contexto, para além de garantir a perpetuação da espécie e a sobrevivência física do homem, é uma necessidade inderrogável que lhe permite atender à solicitude do corpo e da alma. Ela é a instância na qual o homem complementa a sua humanidade, desenvolvendo sua personalidade e suas potencialidades humanas.

Essa imbricação ética e político-social necessária que emana dos elementos essenciais da condição de pessoa, de onde também advém o fundamento da solidariedade e suas implicações nas ideias de cooperação e de construção coletiva do *bem comum* e de subsidiariedade - tema do qual tratamos nesta investigação em capítulo próprio-, impõe ao homem não só direitos, mas, também, responsabilidades para com os demais, para com a coletividade, e é essa necessidade objetiva de ação, por obrigação, que chamamos *dever*. O dever aqui referido não pode ser confundido com aquele *dever* preconizado por Immanuel Kant⁶⁰², pois o aludido filósofo não procedeu a sua leitura segundo uma perspectiva solidarista; antes, em sua teorização sobre a *Razão Pura* e sobre a *Razão Prática* (seu *imperativo categórico*, como indutor de uma Moral interna, e o dever de obediência irrestrita às leis públicas, por equipará-las à *justiça*), nunca teve em mente uma responsabilidade das pessoas pelo destino das outras.

⁵⁹⁹ In *A Teoria Política do Individualismo Possessivo*. Tradução de Nelson Dantas. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra S.A., 1979, p. 286.

⁶⁰⁰ OTERO, Paulo, in *Instituições Políticas e Constitucionais*, p. 35.

⁶⁰¹ In *Os Direitos do Homem*. Rio de Janeiro: José Olímpio, 1967, p.16.

⁶⁰² In *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, p.70.

José de Oliveira Ascensão⁶⁰³, ao tratar da pessoa na ordem social, enfatiza que ela deve servir à realização do homem e não o contrário. E sublinha, também, a sua indispensabilidade, justamente a propósito de compreender que o homem se realiza (ou realiza suas potencialidades) em comunidade. Conclui que *“aí reside, portanto, a grande importância dos valores sociais, como complemento da pessoa”*.

Estamos perfeitamente de acordo quando o autor, no que concerne à ordem social, adverte quanto ao seu limite, pois nada no mundo pode ser hipostasiado, disputando o lugar da pessoa em sua essência individual que assume primazia. *“Assim aconteceu de facto com certos colectivos históricos, concebidos como absolutos - nação/raça/Estado/classe: mas o seu significado, se o tem, é estarem a serviço dos fins da pessoa. As sociedades podem ser consideradas modos de ser das pessoas. Devem ser tuteladas e servidas, porque, sem elas as pessoas não se realizam. Quando se arvoram, porém, em substâncias com elas concorrentes tornam-se ilegítimas e devem ser reapreciadas”*.

O homem é um “eu” concreto⁶⁰⁴, destaca Wambert Gomes Di Lorenzo; se todo homem é pessoa, ser pessoa é ser relacional. A noção de relação é constitutiva da natureza humana. Até na gramática (eu, tu, ele, nós, vós, eles), pontua o mesmo autor, o “eu” é uma individualidade metafísica da pessoa.

Para conhecer algo, é preciso não sê-lo. É a partir da diferença que se conhece aquilo que é sé. Logo, é, também, a partir do que a pessoa não é - o outro -, que lhe é revelado o que ela é (uma substância individual). A personalidade resulta do indivíduo e do conjunto de suas relações no mundo ao tempo que expressa o papel que ele representa neste mesmo complexo.

Dessa perspectiva, o autor em tela vai em busca do que é irreduzível na pessoa, sinalizando que irreduzível será aquilo que é fundamentalmente humano, o que é essencial à condição humana, à sua própria natureza.

Em primeira linha, o autor destaca a sua insubstituibilidade: a pessoa não pode ser substituída por nenhuma outra. Cada pessoa é irreduzível, mesmo compartilhando com os outros uma mesma natureza. Ser pessoa é ser único. Ninguém é pessoa de ninguém. A pessoa é dotada de um conhecimento espiritual. A essência é o que caracteriza esse ser, aquilo que especifica o tipo de ser que nele se realiza. Um ser não pode ser nada que

⁶⁰³ ASCENSÃO, José de Oliveira, in *Direito Civil - Teoria Geral*. Volume I. *Introdução às pessoas e aos bens*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p.48.

⁶⁰⁴ DI LORENZO, Wambert Gomes, in *Teoria do Estado de Solidariedade*, p.32.

objeto sua essência⁶⁰⁵. Daí a atualidade do conceito de pessoa em Boécio como substância individual de natureza racional.

A essência, portanto, demarca o ser. É aquilo que ele é; é aquilo que em qualquer objeto de pensamento é, imediatamente, antes de tudo, apresentado à inteligência. Na lição do autor⁶⁰⁶, o irredutível é o que, por natureza, não pode sofrer redução, que não pode ser reduzido, senão mostrado: revelado. Pela própria experiência, a natureza se opõe à redução. Decorre daí a conclusão de cada pessoa como humanidade individualizada.

Assim, o autor vai situar a pessoa como a atualização do humano e tudo o que é humano subsiste na pessoa. É a personalidade que faz com que o ser dotado de inteligência e liberdade subsista e que mantenha sua existência como um todo independente e ao mesmo tempo integrante do universo.⁶⁰⁷

Mas enfatiza que, na pessoa, *“a subsistência não se dá somente na matéria, nem a personalidade é um conceito material. A personalidade é a subsistência de um ser dotado de liberdade, de uma natureza ontologicamente generosa no mais alto grau. Desse modo, a subsistência do homem - ou da humanidade - não reside na matéria simplesmente, mas num composto anímico”*; *“... não é simplesmente um dado, mas uma ação orientada para um sentido de plenitude. Ainda que recebida da natureza, ela é gerada pela conduta, pela ação livre e consciente que guia a pessoa para a sua plenitude”*.⁶⁰⁸

Por isso, *“as pessoas não têm em comum ser pessoas como os homens têm em comum ser homens. Pessoa não é um mero aspecto da essência, mas designa uma existência individual vaga. Pessoa é o homem vivo, já que o ser do homem é viver, o modo de existir dos indivíduos da espécie humana”*.⁶⁰⁹

A pluralidade é, portanto, também no entendimento do autor, própria da espécie humana. De suas ideias, apenas colocamos a divergência da primazia do individual sobre o social, porquanto o personalismo que defendemos coloca, nesse ambiente plural, a precedência do indivíduo, este sim, não é igual a nenhuma outro que existiu, existe ou venha existir. Comungando, tal como o autor, do entendimento de Robert

⁶⁰⁵ DI LORENZO, Wambert Gomes, in *Teoria do Estado de Solidariedade*, p.33.

⁶⁰⁶ DI LORENZO, Wambert Gomes, in *Teoria do Estado de Solidariedade*, pp.34-35.

⁶⁰⁷ DI LORENZO, Wambert Gomes, in *Teoria do Estado de Solidariedade*, pp.35-37.

⁶⁰⁸ DI LORENZO, Wambert Gomes, in *Teoria do Estado de Solidariedade*, p.37.

⁶⁰⁹ DI LORENZO, Wambert Gomes, in *Teoria do Estado de Solidariedade*, p.37.

Spaemann, pessoa (um ser único e irrepetível, por isso singular e necessariamente social) é também um *nome dignitatis*.⁶¹⁰

Como pano de fundo, resta uma lição humanista-personalista, que afirma o homem como um ser primordialmente individual, mas, também, essencialmente social. É nessa essência individual e social, constitutivas do ser humano do qual decorre imediatamente a dignidade humana, que se encontra o verdadeiro e último fundamento da solidariedade a vincular a sociedade política, a sociedade civil e os indivíduos entre si.

É dizer, a humanidade do homem, a sua condição de pessoa, não se realiza inteiramente se ausente qualquer uma dessas dimensões essenciais; em outros termos, a plenitude da humanidade do homem depende de *independência* e não dispensa, ao mesmo tempo, *sociabilidade*. Esse conjunto é o homem. Isso é ser pessoa. Disso decorre a solidariedade.

Se a dignidade é inseparável da pessoa (porque lhe é inerente) e a solidariedade, sendo expressão de elemento essencial do ser humano, nele encontrando o seu fundamento último; considerando que a pessoa é, primordialmente individual, mas possui, necessariamente, uma dimensão social (que fazem dela um composto de unidade e alteridade), disso decorrendo a responsabilidade comunitária de quem necessita viver em comunidade, a existência de direitos e deveres fundamentais correlatos e autônomos realizam a dignidade do homem, em seus aspectos materiais e imateriais.

Em outra leitura, a dignidade da pessoa humana, por essa estrutura composta, contém, em si, a máxima *suum cuique tribuere*, na medida em que ela exige o reconhecimento de uma igual dignidade em todas as pessoas, desimportando o mérito e a posição social de cada uma.

A *justiça*, que também se expressa como solidariedade, dirá, assim, o que é de cada um segundo o sujeito (a criança, o idoso, o portador de necessidades especiais, o hipossuficiente, o negro, o pobre, os excluídos, apenas para exemplificar) envolvido em cada relação, projetando a igualdade sobre os demais elementos essenciais do ser humano, autorizando a limitação da liberdade, realizando a segurança, impondo a todos deveres fundamentais autônomos,

Nessa perspectiva, a justiça de que falamos tem a pessoa humana como sujeito, e não a comunidade, impondo-se, aí, uma nova centralidade para o Direito, para a Constituição, para o Estado, para a Comunidade Internacional, representando uma

⁶¹⁰ DI LORENZO, Wambert Gomes, in *Teoria do Estado de Solidariedade*, p.38.

ruptura com um constitucionalismo centrado no poder. É do sujeito, da pessoa humana para como os seus semelhantes o dever de solidariedade que essa justiça expressa.

É por assim ser que, ao considerarmos a natureza da pessoa humana, o que lhe é próprio, temos que referendar a lição de José Carlos Vieira de Andrade⁶¹¹, no sentido de que não se pode olvidar que, *“quer do ponto de vista filosófico, quer no plano jurídico, o estatuto das pessoas na sociedade política tem de incluir deveres fundamentais”*, porque bem sabe que é nos deveres, e não nos direitos, que a dignidade humana se realiza.

Sobre o ponto, sobressai a ideia personalista do autor em tela, ao realçar que, *“desde logo, a imagem antropológica de uma pessoa não se compreende sem deveres”* e que se pode dizer que até *“a capacidade para ser titular de deveres, assumidos enquanto deveres maiores ou de outra ordem, correspondem à natureza humana, sendo tal capacidade, como é, exclusiva da pessoa. Só o homem é capaz de superar impulsos instintivos ou interesses egoísticos e transcender-se na aceitação livre de um valor espiritual que o limita, pois que dever não é igual à sujeição nem pressupõe uma programação”*.

E prossegue sustentando que, ademais, *“a vida jurídica não seria possível sem a imposição de deveres individuais, que estão intimamente associados à interdependência social. Mesmo que esses deveres não estejam formalizados, eles não correspondem todos a obrigações que o poder legislativo ou executivo imponham, nos limites da Constituição, a indivíduos que são apenas titulares de direitos”*. No aspecto dos limites da Constituição, iremos discordar, pelas razões que explicaremos em capítulo próprio.

Isso não desautoriza, contudo, o posicionamento de José Carlos Vieira de Andrade, ao enfatizar que devemos entender que *“há deveres fundamentais dos cidadãos, ainda que não escritos, que decorrem da obediência de todos os homens pelo facto de o serem, a um conjunto de princípios axiológicos e deontológicos que regem as suas relações com os outros e com a sociedade em que necessariamente vivem”*.

Podemos recolher dessas considerações que a dimensão ontológica da pessoa humana contém uma essência relacional e nela uma grandeza igualmente ontológica de sua dignidade, como estamos a sustentar nesta investigação, e que faz de cada um individual e comunitariamente responsável, impondo, por isso, a todos, deveres inerentes à natureza humana que, num atuar concreto em favor do bem próprio e do

⁶¹¹ In *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p.167.

outro, revela ou manifesta uma faceta dessa mesma dignidade, sob o viés da solidariedade.

Essa dimensão social da natureza humana, que faz com que necessitemos dos nossos semelhantes em alguma medida, para exercermos nossas potencialidades enquanto humanos e que implicam a realização de nossas necessidades materiais e imateriais, bem pode ser percebida em “*O Último Natal da Guerra*”, de Primo Levi, incluído na antologia dos 30 anos do *The New York Review of Books*⁶¹², em que o autor convida a experimentar o incômodo que sente um canguru numa festa de humanos, como em “jantar em pé”, ou a ser um espectador atento à carta que uma habitante de outra galáxia escreve para um terráqueo apresentador de TV, em “*As fãs de Spots de Delta Cep*”.

Pedro Levi busca mostrar que, por vezes, transcender os limites do real não é apenas conversar com extraterrestres ou animais; é, também, e principalmente, aprisionar, forçar seres humanos a trabalhos pesados, separá-los de suas famílias e fazê-los viver sob o medo iminente da morte-processo histórico de sua afirmação.

Em dada passagem, o autor procede a um relato de um sobrevivente de um campo de concentração, onde conta como foi possível resistir e continuar a viver em uma ‘ordem’ marcada por todas as formas de desumanidade:

“Foi um Natal memorável para o mundo em guerra; memorável para mim também porque se assinalou por um milagre. Em Auschwitz, as várias categorias de prisioneiros tinham o direito de receber pacotes de presentes vindos de casa - menos os judeus. Aliás, de quem podiam recebê-los? De suas famílias exterminadas ou confinadas nos guetos remanescentes? Dos pouquíssimos que tinham escapado às rondas, escondidos em celeiros, em sótãos aterrorizados e sem nenhum vintém? E quem sabia o nosso endereço? Para o mundo, nós estávamos mortos. E, no entanto, um pacote me veio ter às mãos, por intermédio de amigos, enviado por minha irmã e por minha mãe, que estavam escondidas na Itália... O pacote continha uma espécie de chocolate, biscoitos e leite em pó, mas descrever o seu real valor, o real impacto que teve sobre mim e sobre o meu amigo Alberto, está além dos poderes da linguagem ordinária. No Campo, os termos

⁶¹² SILVERS, R.B.; SPTEIN, B.; HEDERMAN, R.S., in *The New York Review of Books*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, pp.477-478.

comer, alimento e fome tinham significado totalmente distintos dos usuais. Esse pacote inesperado, improvável, impossível, era como um meteorito, um objeto caído do céu, prenhe de símbolos e como um enorme monumento. Já não estávamos sós; um vínculo com o mundo exterior tinha se estabelecido, e havia coisas deliciosas para ouvir durante dias e dias”.

Outro relato paradigmático nesse sentido vem de Viktor Frankl, médico-psiquiatra que foi prisioneiro de guerra durante treze anos; com esposa grávida, pai, mãe e irmão (exceto sua irmã) mortos pelo regime nazista, o autor revelou, em obra escrita, como ele próprio agiu para suportar ou resistir o convite ao suicídio do holocausto, depois de ter perdido tudo o que tinha, com todos os seus valores destruídos, sofrendo de fome, frio e brutalidade, esperando a cada momento o próprio extermínio.

Assumindo uma postura surpreendentemente positiva da capacidade humana de transcender uma situação difícil e descobrir uma adequada verdade orientadora, foi como o autor, questionando-se reiteradamente, *“por que não optar pelo suicídio?”*, logrou se manter vivo. *“Afim, que motivos ainda nos fazem viver?”* *“O amor por um filho?”* *“Um talento específico que temos?”* *“Uma recordação a ser preservada?”*

Assim, uma presença espiritual preservada de outrem, imanente da dimensão espiritual e social da natureza humana, pode mesmo constituir o sentido da existência, na percepção do autor, que disso conclui que *“o amor - o bem último e supremo que pode ser alcançado pela existência humana - pouco tem a ver com a existência física de uma pessoa”*⁶¹³; sem embargo, vemos mesmo aí uma expressão da imprescindibilidade do outro, ainda que decorrente da magnitude espiritual que, com o corpo, conformam o ser humano.

Para Viktor Frankl⁶¹⁴, a partir de suas experiências pessoais nos campos de concentração, notadamente pela recordação preservada de sua esposa⁶¹⁵ (que sequer sabia se estava viva ou morta, eis que presa em campo distinto ao do autor), era possível se manter vivo; se isso - que prova a relevância da dimensão relacional humana - não lhe permitia fugir para fora do campo, permitia-lhe, ao menos, fugir para dentro de si mesmo. Daí concluir que são justamente esses frágeis filamentos de uma vida

⁶¹³ DI LORENZO, Wabert Gomes, in *Teoria do Estado de Solidariedade*, p.43.

⁶¹⁴ Finda a Guerra, o autor desenvolveu um sistema teórico-prático de psicoterapia denominado *“logoterapia”*, que se concentra no sentido da existência e na busca desse sentido na pessoa.

⁶¹⁵ In *Em busca de sentido*. Petrópolis: Editora Vozes, 1991, p.42.

semidestruída que devem ser utilizados na construção de um padrão firme, um significado e uma responsabilidade para o ser humano, inclusive para consigo próprio, para não justificar o suicídio.

A matriz etimológica da palavra dignidade provém do latim “*dignus*” e expressa aquele que merece estima e honra. Assim a dignidade era compreendida na Antiguidade, onde, porém, não alcançou qualquer espécie de personificação, ideia que, destarte, só ganhou espaço, como afirmado alhures, com o Cristianismo, quando, pela primeira vez, a dignidade foi pensada como algo pessoal, como atributo da pessoa.

Peter Häberle⁶¹⁶ elaborou um interessante apanhado do sentido histórico da dignidade humana. Observou o autor, que, na Antiguidade, dignidade se caracterizava como uma posição social dentro de uma sociedade (dignidade-honra); além disso, os antigos faziam a distinção entre a dignidade humana em face de criaturas não-humanas; no Estoicismo, a dignidade foi compreendida como o compartilhamento, pelos homens, do atributo da razão; para o Cristianismo da Antiguidade e da Idade Média, a dignidade significava a imagem e a semelhança dos homens para com Deus; na Renascença, especialmente a partir do pensamento de Pico della Mirandola, a dignidade do homem foi compreendida a partir de sua essencial capacidade de escolha; no Iluminismo, a dignidade, como liberdade, foi associada à ideia estoica de dignidade como compartilhamento da razão. Pufendorf acrescentou à noção de dignidade a ideia de igualdade de todos os homens; Kant aperfeiçoou esse pensamento agregando a noção de insubstituibilidade de cada ser humano, um valor interno absoluto; portanto, dignidade possuía aquela pessoa aparelhada com identidade moral e autorresponsabilidade, dotada de razão prática e capacidade de autodeterminação racional.⁶¹⁷

No Século XIX, prossegue o autor, a dignidade humana se tornou a mola propulsora dos movimentos trabalhistas; nesse ponto, Lassalle reclamava por melhorias das condições materiais das classes trabalhadoras e que lhes proporcionasse uma existência verdadeiramente digna; Proudhon inclui a dignidade humana na ideia de *justiça* e, em decorrência, o pensamento da dignidade humana abriu-se a uma nova

⁶¹⁶ Peter Häberle, in *Dignidade Humana como Fundamento da Comunidade Estatal*. SALET, Ingo Wolfgang (Org). *Dimensões da Dignidade Humana: Ensaios Filosóficos do Direito e do Direito Constitucional*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 45 e s.

⁶¹⁷ Vale o registro de que Immanuel Kant - sem embargo que seus desenvolvimentos em termos de dignidade imanente da pessoa humana, e sem prejuízo de que a questão em si não constitui o enfoque da presente investigação - admitia a pena de morte, como uma reação ao delito, como forma de infligir castigo àqueles que, praticando determinados crimes infamantes, perdiam a condição de cidadão, ao violarem a lei pública, em especial por compreender a liberdade de escolha como inerente a parte racional do ser humano.

dimensão, à do Direito e à da Justiça, transitando, então, do reino do pensamento puro para a prática jurídica.

A dignidade humana recebeu configuração textual jurídica, anota o autor, no artigo 151, inciso I, da Constituição de Weimar que, sem embargo, não logrou impedir a maior ruptura que a dignidade já sofreu, com o seu desprezo, sem paralelo, pela humanidade, no período nacional-socialista para, finalmente, galgar o seu *status* atual, em que evoluiu para a união do Estado Constitucional e a comunidade jurídica dos povos, ambos moralmente comprometidos com a dignidade humana como texto jurídico central.

Dessa evolução histórica em torno do entendimento da dignidade da pessoa humana, que veio sendo acompanhada por sua tutela e proteção jurídica, é irrefutável que a matriz kantiana, centrada na essência individual da pessoa, na autonomia da vontade, no discernimento e no direito de autodeterminação (mesmo quando o ser humano não pode diretamente exercê-la), que outorga direitos naturais inalienáveis, invioláveis e irrenunciáveis, continua sendo a ideia nuclear à sua compreensão nos dias atuais e, sobretudo, assumindo a primazia de tudo o mais, a exemplo da precedência da liberdade do indivíduo como recorrentemente temos sublinhado neste capítulo.

Não há divergências doutrinárias de que a dignidade e sua essencialidade individual constituem um atributo da pessoa humana; que a dignidade humana existe mesmo onde ela não é expressamente reconhecida pelo Direito, porque ela independe dele, isto é, ela existe, é autoevidente, é heterovinculante, independentemente de qualquer reconhecimento positivo ou de uma ordem normativa jurídica⁶¹⁸; ela é inata; é da

⁶¹⁸ Peter Häberle (in *Dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*. SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Dimensões da Dignidade Humana: Ensaios Filosóficos do Direito e do Direito Constitucional*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 45 e s.), embora faça uma distinção entre dignidade humana como valor (inato) e dignidade humana como prestação (uma diretiva), tema do qual nos ocuparemos adiante, irá reconhecê-la o fim supremo de todo o Direito, assim como uma referência ao outro (que é um pressuposto), como soberania do homem e do cidadão, como uma responsabilidade pelo reconhecimento da dignidade do outro, embora no sentido de que, aquele estiver em estado de necessidade e não estiver em condições de cuidar de si próprio, é titular de uma pretensão de ajuda e acompanhamento aos meios indispensáveis a uma existência digna, preconizando, como projeção de futuro, que um desenvolvimento mais reforçado dos deveres e de obrigações decorrentes da dignidade humana torna-se imperativo, porque a dignidade se apresenta igualmente numa dimensão comunitária, com propriedade, conclui: “Estado e Direito, Constituição e Política, podem atuar somente no sentido de apoiar, proteger, defender e ajudar (de modo ‘prestacional’) de forma efetiva. Um povo que, de longa data, nada sabe da dignidade de cada indivíduo e age de modo correspondente, também não pode, ao fim e ao cabo, mesmo com a ajuda de instrumentos jurídicos, viver constituído pela dignidade”(p.92). Tal conclusão harmoniza-se, ao nosso sentir, com a ideia de pré-existência da dignidade da pessoa humana relativamente aos instrumentos jurídicos consagrados em uma determinada ordem positiva, no intuito de protegê-la e promovê-la, e não constituí-la.

essência do homem; ela expressa o valor absoluto de cada ser humano que é um fim em si mesmo; como sujeito dos fins, não se admite que ele possa ser tratado como meio.

Ninguém seriamente põe em causa que a dignidade da pessoa humana significa que o ser humano não tem preço, na exata perspectiva do imperativo categórico kantiano de que no mundo há dois tipos de valores, o preço (*preis*) e a dignidade (*würden*), e que a dignidade exige a não-funcionalização humana ou a não-instrumentalização da pessoa humana, traduzindo uma imperatividade de que o ser humano seja considerado um fim em si mesmo.

O preço, ademais, é atributo daquilo que se pode aquilatar, avaliar e mesmo substituir ou trocar por outro de igual valor e cuidado. A cotação se insere no contexto da relatividade, na medida em que o bem dotado desse atributo é um meio de que se há de valer para a obtenção de um determinado fim. Sendo meio, pode haver substituição por outro de igual valor e forma, suprindo-se, de idêntico modo, a precisão/necessidade para realizar o fim almejado.

O que é dignidade não é suscetível de cotação, tarifamento ou preço. Cuida-se, aqui, de um valor próprio, inerente à condição humana e ele é absoluto. Pela sua condição, a dignidade se sobrepõe à mensuração e não se presta a ser um meio, porque não é passível de substituição. Por isso, lembra Kurt Seelman⁶¹⁹, “*respeitar a dignidade do outro, não torná-lo um simples meio, não é, na ‘Metafísica dos Costumes’ de Kant, um dever jurídico eventualmente imposto pela violência, e sim um dever de virtude*”.

O imperativo categórico de Kant, que se orienta pelo valor básico, absoluto, universal e incondicional da dignidade humana; que afirma que as coisas têm preço e as pessoas dignidade, um valor moral que se encontra infinitamente acima do preço de qualquer mercadoria, não admitindo qualquer tipo de substituição, inspira, no pensamento de Maria Celina Bodin de Moraes⁶²⁰, “*a regra ética maior: o respeito pelo outro*”.

Em nossa herança kantiana, é do senso comum que toda pessoa humana é digna. Essa singularidade fundamental e insubstituível é ínsita à condição humana do ser humano, qualifica-o nessa categoria e o põe acima de qualquer indagação. Essa postura

⁶¹⁹ MAURER, Béatrice, In *Notas Sobre o Respeito da Dignidade da Pessoa Humana...ou Pequena Fuga Incompleta em Torno de um Tema Central*. SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Dimensões da Dignidade Humana: Ensaios Filosóficos do Direito e do Direito Constitucional*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp.119 e s.

⁶²⁰ BODIN DE MORAES, Maria Celina, in *O Conceito de Dignidade Humana: Substrato Axiológico e Conteúdo Normativo*. SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.115.

foi, ademais, revitalizada pelo artigo 1º da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 1948, onde a noção de dignidade da pessoa humana se assume com um consenso teórico universal: *“Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”*.

Não pretendemos deduzir nessa investigação um conceito fechado de dignidade. Aliás, a polissemia filosófica em torno do tema específico já seria o suficiente para uma obra inteira. De um aspecto subjetivo, ou, se preferir, segundo a razão pós-moderna de caris relativista, cada um poderia, de rigor, definir dignidade humana de acordo com o que lhe aprouvesse, segundo seu pensamento ou segundo uma determinada ideologia.

Mas sua relevância faz imprescindível deduzir um conceito minimamente objetivo, pois, se assim não fosse, a dignidade da pessoa humana justificaria tudo e, ao mesmo tempo, o seu contrário, como bem enfatizou Béatrice Maurer.⁶²¹

De qualquer sorte, em razão do seu conteúdo, conforme referimos em páginas anteriores, a partir de nossa compreensão em torno dos elementos essenciais da pessoa humana, acolhemos a conceituação de Ingo Wolfgang Sarlet⁶²², em aprimorando trabalho monográfico anteriormente mencionado ao sustentar, *“por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem as pessoas tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”*.

Quando Ingo Wolfgang Sarlet define por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano, que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, o autor enfatiza, em primeira linha, os direitos da liberdade, os direitos fundamentais de abstenção e respeito, oponíveis ao Estado e à comunidade em geral.

⁶²¹ Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade

⁶²² In *As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: Construindo uma Compreensão Jurídico-Constitucional Necessária e Possível*. SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Dimensões da Dignidade Humana: Ensaios Filosóficos do Direito e do Direito Constitucional*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp.15 e s.

À medida que Ingo Wolfgang Sarlet também afirma que a dignidade da pessoa humana implica um complexo de *direitos e deveres fundamentais* que assegurem as pessoas tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como aqueles venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, ele agrega à vertente absenteísta da dignidade humana a imprescindibilidade de um sistema normativo que garanta não apenas os direitos fundamentais da pessoa humana, mas, também, que lhe imponha deveres fundamentais, já não ao nível do respeito, mas de ação, de prestações positivas de promoção e concretização da mesma dignidade, pois coloca a pessoa humana como corresponsável na construção das condições mínimas de existência que preconizou para uma vida saudável; nesse âmbito, Ingo Wolfgang Sarlet incluiu no conceito de dignidade da pessoa humana, a justiça, em sua conformação de solidariedade, que, pela ideia de igualdade substancial, se projeta sobre a liberdade em suas variantes (liberal e econômica).

E ao sublinhar que tudo isso intenta propiciar e promover a participação ativa e corresponsável do homem nos destinos da própria existência e dá vida em comunhão com os demais seres humanos, Ingo Wolfgang Sarlet demonstra que o conceito doutrinário acima destacado amolda-se perfeitamente aos elementos essenciais da pessoa humana e, assim como nós, reconhece como conteúdo da dignidade da pessoa a liberdade, a segurança e a justiça, fazendo do homem, primeiramente, livre e autorresponsável, como responsável pela existência da coletividade, ao mesmo tempo em que comina deveres de todos para a existência de uma vida saudável, inclusive dos poderes públicos.

O conceito em análise vem ao encontro da tese defendida nesta investigação, no sentido de que a solidariedade encontra seu fundamento último na própria condição de pessoa humana, de modo a contemplá-la na descrição do que a dignidade da pessoa humana é. A solidariedade, muito embora hoje positivada em nível nacional e internacional, é, portanto, um dado e não um construído por convenção humana.

Ingo Wolfgang Sarlet traz, assim, o conceito que compreendemos como o mais consentâneo dos elementos essenciais da condição de pessoa humana (liberdade, segurança e justiça, inclusive em sua forma de se expressar como dever de solidariedade), a partir de seu conteúdo.

Não obstante, somos cientes que, em face de sua abertura conteudística e conceitual, a dignidade da pessoa humana não comporta nem conceituação nem conteúdo fixista; que ela não se fecha numa verdade pronta que não comporte

melhoramentos, sendo, antes, algo em permanente processo de construção, de desenvolvimentos e aprimoramentos e, nesse contexto, a própria solidariedade.

A propósito dessa postura, Ricardo Castilho⁶²³ ressalva que, mesmo nos dias atuais, *“não é possível, sem margem para enganos, que a dignidade da pessoa humana seja uma ideia que se impõe por si só”*. Mas, em contrapartida, pontua a necessidade de reafirmá-la constantemente, sob pena de vê-la se perder nos ímpetos egoístas dos homens.

De nossa parte, independente de aprimoramentos, o conceito e o conteúdo da dignidade da pessoa humana decorre de uma adequada compreensão em torno do ser humano, de seus elementos essenciais, de sua individualidade, de sua liberdade, de sua autonomia, de sua autoconsciência moral, de suas necessidades imateriais e materiais, dado que é um composto de corpo e espírito, de seu potencial de comunicação, de sua dimensão necessariamente social e relacional, que tornam cada indivíduo responsável pelo destino da própria existência e dá vida em comunhão com os demais seres humanos. Sobre isso, o tema não comporta tergiversação.

E, em que pesem possíveis dissidências e as várias definições de dignidade da pessoa humana, segundo o pensamento majoritário da doutrina jusfilosófica, elas convergem para o entendimento de que a dignidade constitui um princípio-guia unificador, seja como ponto de partida, seja como ponto de chegada, a dar sustentação última a toda atividade, a todo o conhecimento humano e a todas as ciências que é a realização da pessoa humana (o que envolve sua essência individual e sua dimensão necessariamente social).

Maria Celina Bodin de Moraes⁶²⁴ destaca quatro postulados que podem ser perfeitamente compreendidos como o substrato material da dignidade. A autora os desdobra em: a) o sujeito moral (ético) que reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; b) tais sujeitos iguais são merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; c) é dotado de vontade livre e autodeterminação; e, d) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não ser marginalizado.

Dessa elaboração, ela conclui que os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral, da liberdade e da solidariedade são seus corolários lógicos

⁶²³ In *Justiça Social e Distributiva*, p.60.

⁶²⁴ BODIN DE MORAES, Maria Celina, in *O Conceito de Dignidade Humana: Substrato Axiológico e Conteúdo Normativo*. SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.119.

(princípios próprios, mas não autônomos, porque se implicam mutuamente). No que respeita ao tema da solidariedade, fazendo a pessoa necessariamente parte de um grupo social, disso extrai, precisamente, o princípio da solidariedade social. Tudo isso se contém, é dizer, já está, *a priori*, determinado pela dignidade humana, o que conduz, *prima facie*, à necessidade de sua vinculação a todas as relações jurídicas, inclusive as intersubjetivas de natureza privada.

Não obstante essa clara visão de uma dimensão da dignidade da pessoa humana, a autora ainda se revela demasiado presa à ideia kantiana de respeito e de reciprocidade, ou seja, de deveres correlatos a direitos, do paradigma absenteísta do liberalismo, como se pode verificar quando sustenta: “*A solidariedade social, na juridicizada sociedade contemporânea, já não pode ser considerada como resultante de ações eventuais, éticas ou caridosas, tendo-se tornado um princípio geral do ordenamento jurídico, dotado de completa força normativa e capaz de tutelar o respeito devido a cada um*”.⁶²⁵

Está errada a postura da autora em tela? Em termos.

A força normativa e vinculante da dignidade da pessoa humana e da solidariedade que a integra - com todo o conteúdo que a mesma dignidade tiver - não decorre de sua positivação em uma “judicializada sociedade” nem ganha completude no Direito posto, uma vez que sua força normativa radica, inequivocamente, na própria condição humana. Sendo algo “*a priori*”, conforma um conteúdo autoevidente, independente de convenção qualquer.

Como algo “*a priori*” ou “*prima facie*”, a solidariedade não é corolário lógico da dignidade da pessoa humana. Enquanto forma de a justiça se expressar, ela integra o próprio conteúdo e o conceito de dignidade imediatamente decorrente da condição humana, colocando todos como protagonistas de sua própria história.

Aliás, na construção teórica da autora em torno dos quatro postulados básicos sob os quais assenta o *substrato material da dignidade*, ela excluiu os deveres fundamentais autônomos, meio de realização da própria solidariedade.

E quando situou “o ser humano como parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não ser marginalizado”, a aludida autora *excluiu do substrato material da dignidade os deveres fundamentais positivos, não só de respeito, mas de promoção e de concretização do indivíduo em relação ao grupo*, que, tanto no conceito de Ingo Wolfgang Sarlet como em nossos desenvolvimentos, destacamos como imanente da acepção da própria dignidade, assim como ela igualmente excluiu os deveres

⁶²⁵ Op.cit., pp.142-143.

fundamentais positivos do todo em apoio ao desenvolvimento da personalidade e dos fins do indivíduo. Enfim, faltou a ela, com a devida vênica, uma compreensão adequada da própria condição de pessoa humana que é, enfim, aquilo que dá substrato contedutístico à sua dignidade intrínseca.

Importa ainda sublinhar que a dignidade da pessoa humana, sob qualquer ângulo que queiramos defini-la, deve aludir, necessariamente, como ensina Wambert Gomes Di Lorenzo, dois conceitos que, por sua vez, também se implicam mutuamente, a saber: a *plenitude* e o *reconhecimento*.

Como explica o autor em referência, os gregos compreendiam como plenitude a felicidade (eudaimonia). A felicidade afigura-se o aspecto subjetivo da dignidade da pessoa. Por isso, no entender de Wambert Gomes Di Lorenzo, a dignidade já ali não se assenta em direitos. *Os direitos reconhecem a dignidade*, mas não a realizam. O que realiza a dignidade são os deveres, com isso não se referindo, obviamente, àqueles correlatos aos direitos, mas a deveres autônomos, que determinam ação, e não omissão. É por isso que se diz que o Estado não solidário, mas *paternalista*, é aquele em que as pessoas são sustentadas sem trabalhar e sem que se dê a elas uma opção de trabalho. Uma política pública desse caráter avilta a dignidade da pessoa e não é solidarista, pois acaba transformando homens que, em princípio, são livres, em escravos, justamente porque as torna dependentes dessas políticas assistencialistas que, não raro, fazem com que o voto (sufrágio universal) - que é um direito-dever (considerando o direito de participar das decisões políticas e o dever de votar como condição de existência da própria democracia) - se revele totalmente comprometido, já não expressando liberdade, nem segurança, nem justiça, justamente porque a decisão que por meio dele se pronuncia já não será mais ditada pela consciência e nem pela liberdade.

Esse aviltamento repousa, portanto, na realidade irredutível de que a dignidade não abarca, em efetivo, só a ideia de matriz kantiana de direitos inatos, mas, também, de deveres imanentes próprios e autônomos.

Sem embargo, se na perspectiva de plenitude, a dignidade da pessoa humana implica felicidade, na sua capacidade de realizar seus fins últimos, representando aquela vocação que toda pessoa humana tem para ser feliz, a dignidade igualmente exige reconhecimento.

Em outros termos, essa capacidade que só o homem tem de ser feliz e de atingir fins últimos passa pela necessidade de seu reconhecimento como pessoa pelo outro: quando chamamos alguém de *pessoa*, aí já reconhecemos um *nomen dignitatis*. Ou seja,

na expressão *pessoa* existe um reconhecimento inerente e essencial da dignidade daquele ser que assim estamos a adjetivar.

A dignidade, portanto, repete o conteúdo do que na pessoa já se contém, porquanto na própria pessoa há uma dignidade imanente⁶²⁶. Mas o importante aqui é reter que a ligação da plenitude com o reconhecimento se dá pela autossuficiência, pela ideia de fim último, de felicidade, que passa necessariamente, em boa medida, pela vida em comunidade.

No começo do Século XX, alguns personalistas já insistiam na necessidade de revisar o conceito de pessoa, alertando para a imprescindibilidade de se abandonar a postura individualista e de refutar, em outro giro, a socialista, afirmando que o homem é tanto individual como social, preconizando que ambas os arquétipos, isoladamente, atrofiavam o homem, não concretizando, dissociadamente, a dignidade humana.

Tanto é assim que, superados os horrores da Guerra, foi o modelo personalista que veio a inspirar a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 1948, com o que podemos chamar de um ressurgimento do Direito Natural, circunstâncias que trouxe consigo dois reflexos jurídicos de extraordinária relevância, um de ordem externa, e outro, interna.

No aspecto externo, essa antropologia de base personalista que inspirou a Declaração da ONU acarretou um novo conteúdo de direitos humanos, desenvolvido, destarte, dentro de uma lógica de responsabilidade comunitária internacional, do princípio do bem comum e da solidariedade imanente da pessoa humana e de sua dignidade.

No âmbito interno, esse novo paradigma acarretou o surgimento do que podemos chamar de um *constitucionalismo de valores*, que trouxe para o seio dos ordenamentos jurídicos os valores supremos como uma perspectiva de um *dever-ser* de toda a

⁶²⁶ Wambert Gomes Di Lorenzo, a propósito da ausência de reconhecimento da pessoa e suas consequências, lembra que, no Apartheid, os negros não eram como tal reconhecidos, do mesmo modo que não o eram os judeus nos campos de concentração. Os escravos igualmente não tinham esse reconhecimento, inclusive numa análise dissociada da negritude. Por exemplo, se considerarmos a escravidão greco-romana (em que o indivíduo poderia se tornar escravo por mera dívida ou captura), a primeira consequência de sua subjugação era a perda da condição de pessoa, ou seja, a sua despersonalização; permanecia o ente humano, o ser humano, mas degradado, sem personalidade. Perdia a condição de pessoa e a sua inerente dignidade. Durante a Segunda Guerra Mundial, diz o autor, a permanente ausência de reconhecimento da dignidade humana tinha um conteúdo didático e um fim muito claro: impedir que os carcereiros e os aliados se identificassem com os judeus e com os prisioneiros. Por isso a GESTAPO e as SS nazistas tinham o hábito de maltratá-los, de aviltá-los ao extremo, deixá-los feder, impedindo-lhes o banho, pois quando mais fétidos, quanto mais descaracterizados como pessoas, numa espécie de círculo vicioso, menor as chances de compadecimento, de empatia com o sofrimento; tanto mais coisificados, aviltados ou despersonalizados os prisioneiros, menos neles se reconhecia a condição humana: eram seres humanos, mas não eram vistos como pessoas.

sociedade, consagrando a liberdade, a segurança e a justiça - em todas suas formas de expressão, inclusive, como dever de solidariedade -, como elementos indispensáveis à vida dos seres humanos e, por conseguinte, para a sua existência, tema que será retomado no segundo capítulo por ocasião de abordarmos a questão dos deveres fundamentais.

À altura, a solidariedade abandona de vez o viés liberal de fraternidade - pois já não significa só uma proclamação de amizade e de não hostilização -, tampouco se reconduz à ideia de solidariedade de direitos ou de perspectiva paterna (vivenciada no Estado Social), convocada para resolver a questão social, para assumir-se como uma autorresponsabilidade do indivíduo, apta a justificar, em alguma medida, a própria liberdade, e como responsabilidade comunitária do indivíduo para com o todo e do todo para com o indivíduo, realizável por meio de deveres fundamentais, englobando a responsabilidade que a cada um cabe pela sorte ou destino dos demais membros da comunidade.

Essa *reviravolta* na compreensão do fundamento e da finalidade da solidariedade, bem de ver, coincide com o momento em que a relação do homem com os seus semelhantes passa a ser vista como naturalmente constitutiva de sua existência. É nessa atmosfera que ganha corpo a ideia de que o indivíduo, enquanto tal, não existe, mas *coexiste* e, como disse Hannah Arendt⁶²⁷, “*não é necessário que escolhamos aqui entre Platão e Protágoras, nem decidamos se é o homem ou um deus que deve ser a medida de todas as coisas*”; basta a consciência irrefutável que ela própria propalou de que, quem habita este planeta não é o homem, mas os homens; por essa razão, a pluralidade é a lei da terra. Ela possui, conforme a autora, um duplo aspecto, o da igualdade e o da diferença, tudo a reforçar o que acima dissemos sobre origem da pluralidade que, embora de base filosófica cristã, não se vincula à religião qualquer. Tanto é que agora afirmado por uma filósofa política de escol que se confessa inclusive atea.

Nesse novo modelo de sociedade, fundado na ideia inexorável de coexistência, um arquétipo que ultrapassa o paradigma kantiano de não fazer aos outros aquilo que não queremos que façam a nós mesmos; um estalão de interdependência e de abertura em direção ao outro, fazem fenecer o triunfo individualista da Modernidade e sua confiança e orgulho na potência do indivíduo isolado, seu intelecto e sua razão singular e subjetiva, que desconheceu que a pessoa humana existe enquanto integrante de uma espécie que, não obstante, mantenha a sua individualidade, a sua liberdade e autonomia

⁶²⁷ In *A Condição Humana*. Tradução de Roberto Raposo: Relógio D'água, 2001, p.215.

no que concerne aos seus fins, precisa de outros para realizar as potencialidades da condição humana.

Sucumbem, também, à altura, as ideias assistencialistas-paternalistas calcadas em modelos securitários, fadado ao insucesso em matéria de dignidade que exige autorresponsabilidade. Com muito mais razão, aqueles modelos jurídico-políticos que diluem o homem no Estado, que o colocam a seu serviço e que somente lhe reconhece deveres.

Nesse novel paradigma, cuja ideia de base é a pessoa (que é relacional por natureza), não se coloca só a questão de o Estado ser insuficiente, tampouco a da escassez dos recursos, da falta de capacidade técnica, humana ou financeira, como sublinha José Casalta Nabais⁶²⁸, mas, também, a da *“ausência de elementos de humanidade que só a sociedade civil e cada um de seus membros, individual e coletivamente, está em condições de propiciar”*, na medida em que muitas das situações da vida que reclamam nossa atuação solidária independem de prestações pecuniárias do Estado ou de Instituições, mas do *“contato e do calor humanos que promovam a recuperação do sentido de útil da vida”*, como adverte o autor, seja reconduzindo os excluídos ao seio da família, seja auxiliando na sua inserção no mundo do trabalho ou ao exercício de uma atividade útil para ele.

Então, se é verdade que, por vezes, a polissemia do termo solidariedade levou à sua identificação com a fraternidade; se, por vezes, ele se identifica e é usado para descrever virtudes morais e religiosas; se é certo que no contexto jurídico o vocábulo ainda segue sendo empregado, tal qual o fizeram os romanos para definir as obrigações solidárias do Direito Civil, enquanto princípio da ordem constitucional, a solidariedade, neste aspecto, acabou resgatando o seu sentido etimológico latino, e assume a ideia de *corresponsabilidade*, de algo inteiro, de que cada um é também responsável, em alguma medida, pelo todo, sem que isso implique aniquilar a sua individualidade e a sua liberdade; que cada um é, naturalmente, responsável pela definição de seus fins, do que é bem, com o direito de ser, nesse percurso, apoiado pela coletividade, como na construção do *“bem comum”*.

O personalismo compreendido a estas bases será determinante de um novo modelo jurídico-político, que ordena uma nova conformação de liberdade, de cidadania, de sociedade e de Estado, de Constituição e do próprio Direito, como adiante trataremos, em que a pessoa humana (em sua essencialidade individual, com primazia, mas,

⁶²⁸ Op.cit., p. 140.

também, em sua dimensão social) e sua dignidade imanente, se fazem o fundamento e a finalidade de todo o poder, segundo a ideia de *Estatuto do Homem*, agora não mais isolado, mas, necessariamente, relacional. Os Estados democráticos de Direito perderam seu caráter apoteótico intangível da tradição liberal: afinal, o homem pensado por Protágoras, completamente desvinculado do outro, já não é a medida de todas as coisas: a medida de todas as coisas é a pessoa, esta, sim, relacional em essência.

A solidariedade de deveres inerentes à própria condição humana, fundada na pessoa, não só nos defrontou com essas questões, como nos impeliu a refutar as teorias contratualistas e reconhecer que, em face de nossa constitutiva dimensão social, devemos algo uns aos outros, embora, por si só, ela não definiu esse débito tampouco a sua metodologia, isso é, por si só, ela não diga como e em que medida esse elemento da própria condição de pessoa deva se realizar, embora tenha se projetado especialmente na esfera de justificação racional para a limitação da liberdade, de cujos exemplos podemos destacar no reconhecimento da função social da propriedade, do contrato, da empresa, sem prejuízo de sua projeção em outros campos, em especial, na seara da tributação.

Em que pese a solidariedade, enquanto expressão da justiça (elemento essencial da condição humana), nada diga quanto à extensão do dever que ordena, e mesmo enquanto princípio de uma ordem político-jurídica, não se propõe se realizar na lógica de *Robin Wood*, qual seja, tirar dos ricos e dar aos pobres, o que muito difere de uma consciência em torno de uma corresponsabilidade.

Em outro giro, a solidariedade também não admite que as nações se reúnam ou explodam armas nucleares para que outros países não brinquem com elas, como observou Carl Sagan.⁶²⁹

Pelo seu fundamento e seus fins, num projeto constitucional personalista, ela também não pode ser lida ou representar um instável ou elusivo programa de governo, tampouco uma retórica ou um discurso de boas intenções, contaminado por um universalismo fraternalista que, como analisamos, historicamente serviu para produzir miséria, porque desvinculado da ideia de responsabilidade social efetiva.

É por isso que o princípio constitucional da solidariedade, não constituindo uma mera diretiva, comina deveres fundamentais autônomos ao indivíduo, à família, aos grupos, às associações intermediárias, às entidades privadas que exercem, de algum

629 In *As Regras do Jogo. Bilhões e Bilhões*, São Paulo: Companhia. das Letras, 1998, pp.19 e s.

modo, ao poder, ao Estado, à Comunidade Internacional, numa via de mão dupla, de forma supletiva, como iremos tratar em capítulo próprio.

Bem entendido, a própria ideia de *cidadania*, enquanto conquista da Revolução Francesa, cujo documento jurídico reside na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, ganhou novos contornos, numa espécie de resgate da ideia de “Cidadão do Mundo”.

No ambiente da Revolução Francesa, há que se admitir que a cidadania não passou de uma conquista abstrata, pois longe ficou em termos de plenitude de direitos políticos e sociais. Aliás, a cidadania assim concebida somente apareceu após as primeiras décadas do Século XX, quando o indivíduo passou a dispor de poderes legais que lhe possibilitaria atuar politicamente⁶³⁰ e, no aspecto social, seus poderes eram diminutos comparativamente aos poderes do Estado e da família (hierarquizada e patrimonializada).

A condição de indivíduo, é bem verdade, precedeu a condição de cidadão, mas a cidadania, compreendida agora num paradigma personalista, num Estado democrático de Direito edificado sob o primado da pessoa humana e sua dignidade, contendo em si,

⁶³⁰ Na França revolucionária, lembra M. Perrot (in *Da Revolução Francesa à Primeira Guerra. Histórias da Vida Privada*. Perrot, M. (Org.). Vol. IV. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, pp.415-417), o sufrágio só foi inteiramente estabelecido em 1848. Nesse mesmo sentido, vale ainda lembrar a luta das mulheres na conquista do direito ao voto, iniciada só no Século XIX, conquista que, de início, levou em consideração a sua condição de proprietárias, em paridade com os homens proprietários, ou seja, ainda com caráter censitário. No Brasil, as mulheres somente passaram a ter direito ao voto nas eleições nacionais de 24 de fevereiro de 1932. O sufrágio feminino, em Portugal, acompanhou, de certa forma, o fenômeno civilizacional do ocidente liberal judaico-cristão. A exemplo do que se passava em outros países, o debate em volta do sufrágio feminino passou a fazer parte da agenda política nacional, mais acentuadamente, depois de 1892, quando a Nova Zelândia, precursora, deu o primeiro passo nesse sentido. Em março de 1911, após a Revolução Republicana, de 5 de Outubro, foi promulgada a Lei Eleitoral, mas o sufrágio universal, uma das principais bandeiras do Partido Republicano, não foi instituído, pois o direito de voto era reconhecido apenas a cidadãos portugueses com mais de 21 anos, que soubessem ler e escrever e que fossem chefes de família. Neste aspecto, há uma situação curiosa digna de nota: em 28 de maio daquele ano, realizaram-se as eleições para a Assembleia Nacional Constituinte. Valendo-se, então, da omissão sobre o sexo do chefe de família, a médica e primeira cirurgiã portuguesa Carolina Beatriz Ângelo (1877-1911) reivindicou o seu direito de votar, invocando a sua qualidade de chefe de família, na medida em que era viúva e mãe de uma filha. A lei era omissa nesse sentido, pois não previa que o chefe de família fosse entendido como uma mulher. O Tribunal Constitucional entendeu que a forma gramatical “cidadãos portugueses” abrangia também as mulheres e deferiu a sua pretensão. Para evitar, no entanto, que tal precedente se repetisse, a lei foi alterada no ano seguinte, com a especificação de que apenas os chefes de família do “sexo masculino” poderiam votar. Em 1931, o voto foi facultado às mulheres, desde que tivessem um curso universitário ou estudos secundários completos. Aos homens, a lei continuou a exigir somente que soubessem ler e escrever. Reza a doutrina que, com esta legislação, o Estado Novo visava a alcançar maior participação no plebiscito e uma expressiva concordância de eleitorado com a Constituição de 1933, que consagrava a igualdade dos cidadãos perante a lei, exceto quanto às mulheres, tendo em conta “as diferenças inerentes à natureza e também aos interesses da família”. Somente após a Revolução de 25 de Abril de 1974 é que foram abolidas todas as restrições baseadas no sexo, quanto à capacidade eleitoral dos cidadãos, quando, então, as mulheres conquistaram a igualdade de direitos na lei e o direito integral de participação ativa na vida política em Portugal.

a solidariedade (como uma forma de expressão da justiça), põe-lhe uma abissal distância em relação àquela compreendida pelos gregos e mesmo a do ideário iluminista, porque lhe cerca, de igual modo, com a responsabilidade comunitária.

Rogério Gesta Leal⁶³¹ destaca que, etimologicamente, “*a categoria cidadão remete o estudo à ideia de cidade, e essa, por sua vez, resgata o tratamento dado à matéria pelas culturas clássica e antiga*”. A pólis grega, refere o autor, “*especificamente no âmbito de Atenas, Esparta e Tebas, tinha uma composição social formada de homens livres, ou seja, homens com um acentuado nível de consciência política e ética dos seus deveres (naturais ou morais) para com a comuna a que pertenciam, e, principalmente, para com a cultura que veneravam. Nesse passo físico e geográfico da pólis, prepondera muito mais aspectos valorativos do que jurídicos, onde a esfera privada da vida de cada indivíduo é preterida em razão das obrigações públicas inerentes ao cidadão, por viver na cidade: o respeito às tradições, costumes, ritos; o cumprimento do acordado; o respeito à palavra empenhada, etc*”. Quando a ideia em torno de cidadania reaparece, especialmente com o advento da Revolução Industrial, ela surge vinculada à ficção liberal de homens livres e iguais perante a lei (igualdade abstrata e formal, que fomenta uma igualdade meramente protocolar). Naquele quadro histórico, o conceito de cidadania transcende o dever de obedecer às leis, pois impõe aos homens, enquanto seres que raciocinam, fazer uso de sua própria razão e estar em um processo contínuo de crítica às leis que considerem injustas, devendo ser compreendidos como componentes orgânicos “*de formação social, jurídica, política e econômica, enquanto ser de cultura e de conhecimento*”.⁶³²

A cidadania, aí se dá “*no contexto político da realidade estigmatizada pela lei*”⁶³³, e se apresenta com cunho essencialmente individualista e carente de qualquer responsabilidade comunitária, sem embargo de ser uma cidadania excludente, pois não se admitia às mulheres o gozo do direito político de votar, sem contar outras restrições, como por exemplo, o voto condicionado à posse de um mínimo de rendas ou terras (voto censitário), ou a exigência de certo grau de instrução como condição de exercício do direito político.

Todavia, como a cidadania precisa ser pensada a partir de uma prévia concepção de democracia e esta é a marca dos Estados democráticos de Direito, a solidariedade que lhe deve também estruturar dará outro perfil à condição de cidadão, um “*status*” formal

⁶³¹ In *Teoria do Estado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.178.

⁶³² GESTA LEAL, Rogério, in *Teoria do Estado*, p.181.

⁶³³ GESTA LEAL, Rogério, in *Teoria do Estado*, p.182.

e material de sujeitos da própria história, corresponsáveis pela construção cotidiana de um projeto de vida”.⁶³⁴

Com esse perfil de caris solidário e corresponsável, a nova cidadania impõe deveres, em termos gerais, e pode ser definida como “*a qualidade dos indivíduos que, enquanto membros activos e passivos de um estado-nação, são titulares ou destinatários de um determinado número de direitos e deveres universais e, por conseguinte, detentores de um específico nível de igualdade*”⁶³⁵, definição que envolve três elementos constitutivos, quais sejam, a titularidade de um determinado número de direitos e deveres numa sociedade específica, a pertença dada à comunidade política (geralmente vinculada à ideia de nacionalidade) e a possibilidade de contribuir para a vida pública dessa comunidade mediante participação.

Contudo, essa ideia-base de cidadania, normalmente associada à titularidade de uma nacionalidade, longe está de considerar todas as formas hodiernas de sua manifestação. Com efeito, ao lado dessa designada *cidadania padrão*, podemos observar a existência de muitas outras, como por exemplo, com o advento de comunidades de Estados, uma sobrecidadania, podendo-se até falar em cidadanias múltiplas.

José Casalta Nabais⁶³⁶ aponta, inclusive, para uma cidadania internacional ou universal, “*na medida em que a Comunidade Internacional reconheça um estatuto de cidadão, em sede de direitos e deveres fundamentais, a todos os homens*”, de sorte que mais adequado é falar em *dimensões da cidadania*, porquanto ela se manifesta em diferentes graus ou níveis.

O britânico Thomas Humphrey Marshall⁶³⁷ (1893-1981) foi o primeiro a estabelecer, já na contemporaneidade, uma distinção sociológica entre as cidadanias civil, política e social e, ao mesmo tempo, defender uma *interdependência* necessária entre os três tipos de cidadania.

Na primeira modalidade, a cidadania civil, o autor situa os direitos necessários ao exercício da liberdade individual, como liberdade de ir e vir e liberdade de contratar (inclusive de firmar contrato de trabalho), ou pelo direito de possuir propriedades, e é garantida pelo sistema legal.

⁶³⁴ GESTA LEAL, Rogério, in *Teoria do Estado*, p.187.

⁶³⁵ CASALTA NABAIS, José, in *Por uma Liberdade com Responsabilidade*, p.143.

⁶³⁶ CASALTA NABAIS, José, in *Por uma Liberdade com Responsabilidade*, p.146.

⁶³⁷ Marshall, T.H. *Citizenship and Social Class*. In T.H. Marshall, *Class, Citizenship and Social Development*. Chicago: The University of Chicago Press, 1964, pp.78-79.

A cidadania política constitui-se do direito de participar do poder político tanto diretamente, pelo governo, quanto indiretamente, pelo voto. Faz parte das instituições representativas dos governos local e nacional.

*“Mas, será que os cidadãos têm obrigações para com os seus compatriotas que vão além dos deveres que têm para como os demais indivíduos do mundo?”*⁶³⁸. Essa pergunta formulada por Michael J. Sandel⁶³⁹ a outro propósito, o autor Thomas Humphrey Marshall não esclarece, não fazendo causa de um possível dever de proteção à pátria e, concernente à cidadania, de defesa aos compatriotas (oriundos da virtude do patriotismo, que envolve lealdade e vida em comum) e de uma nação ter uma especial responsabilidade de proteger o seu povo, em detrimento dos demais, numa alusão metafórica à família.

Deixando, por ora, a discussão em termos de limites, Thomas Humphrey Marshall sinaliza, por fim, para a cidadania social, a que precisamente está ligada à solidariedade e que implica um conjunto de direitos e obrigações que possibilita a participação igualitária de todos os membros de uma comunidade nos seus padrões básicos de vida.

Como assinalou o sociólogo Thomas Humphrey Marshall, a cidadania social permite que as pessoas compartilhem da herança social e tenham acesso à vida civilizada segundo os padrões prevalecentes na sociedade. As instituições mais especificamente associadas a ela são, na opinião do aludido sociólogo, o sistema educacional e os serviços de saúde e de assistência social.

De qualquer sorte, observe-se que a ideia central nessa nova conformação cidadã, repousa, igualmente, na conformação personalista de direitos fundamentais e de deveres fundamentais correlatos e também autônomos, por meio dos quais a solidariedade ganha concretização. E, na imbricação da solidariedade com a cidadania, aquela *“mais não é do que um aspecto ou dimensão nova, activa da cidadania nestes ‘tempos de solidariedade’, em que, como contrapeso ao ‘prejuízo egoísta’, com expressão na ‘força excludente e dominadora do mercado’, se ouvem, de novo, bater as badaladas da ‘hora dos cidadãos’.* Ou seja, no quadro de uma crescente expansão da cidadania, desde a instituição do Estado Constitucional, estamos perante uma terceira etapa da afirmação da cidadania”⁶⁴⁰.

Cuida-se, à altura, de uma conformação que reúne cidadania e solidariedade, que podemos chamar de uma *cidadania responsabilmente solidária*, em que o cidadão toma

⁶³⁸ SANDEL, Michael, J., in *Justiça: o que é fazer a coisa certa*, p.281.

⁶³⁹ SANDEL, Michael, J., in *Justiça: o que é fazer a coisa certa*, p.281.

⁶⁴⁰ CASALTA NABAIS, José, in *Por uma Liberdade com Responsabilidade*, p.149.

consciência de sua condição de pessoa humana e, como tal, de seu imprescindível protagonismo na vida pública e comunitária, não só de participação nas decisões políticas, mas assumindo um novo papel, admitindo que viver em sociedade exige deveres incondicionais.

Esse novo papel exige ostentar encargos, deveres, responsabilidades, que resultam da própria vida em comunidade e que não podem mais ser relegados exclusivamente ao Estado, a partir de contribuições econômicas de parte dos cidadãos. A cidadania responsabilmente solidária não se regozija apenas com essa terceirização

A par desse novo modelo de cidadão e de sociedade, a dignidade da pessoa humana importa na quebra do paradigma clássico do Estado, em cuja centralidade já não está o poder: seu novo elemento nuclear é a pessoa humana, o homem vivo e concreto, em sua essencialidade integral (individual, primeiramente, mas necessariamente social). É a serviço dele que está o Estado que só assim se justifica e se legitima. Dessa nova centralidade decorre, com efeito, que a Constituição não pode ser compreendida apenas como uma realidade exclusivamente estatal, em especial, em face da comunidade internacional, e, tampouco, como uma mera norma hierarquicamente superior, traduzindo uma *“simples expressão jurídico-formal da vontade de um órgão decisor habilitado para o efeito”*⁶⁴¹, mas como resultante da vontade de um Estado que, necessariamente, se revista desse novo paradigma, em que a estadualidade não dispõe de poder ilimitado para a definição da normatividade constitucional. A dignidade da pessoa humana e, nesse contexto, o dever de solidariedade, invariavelmente, limitará e balizará toda a sua atividade, na medida em que ela impõe a subordinação política e jurídica do Estado, em que a Constituição e o próprio Direito se acham a serviço do homem e sua dignidade intrínseca.

Essa novel postura irá também determinar que a vontade individual já não possa mais ser entendida como o único valor fundamental, o suporte fático-jurídico de todas as situações patrimoniais, mas a vontade da pessoa, em sua dimensão também social, consubstanciada nos valores supremos do dever de solidariedade que acima referimos, e que lhe comina uma responsabilidade não apenas pelo seu próprio destino, mas, também comunitária, pelo destino de todos e de cada um, não havendo espaço racional para o discurso liberal e neoliberal ou pós-moderno que tradicionalmente se insurgiu contra o Estado do Bem-Estar ao argumento de que ele não permite que os indivíduos escolham seus próprios objetivos, e coage alguns em benefício de outros. Falamos de

⁶⁴¹ OTERO, Paulo, in *Instituições Políticas e Constitucionais*, p.20.

valores supremos que integram a condição de pessoa humana, na qual se insere a solidariedade e são dela indissociáveis e, portanto, imperativas a qualquer modelo jurídico-político personalista.

Se a solidariedade, enquanto uma das formas de expressão da justiça é constitutiva da condição de pessoa humana (precedentemente individual e, secundariamente, social) e, por conseguinte, ela integra o conteúdo da própria dignidade; se há outros elementos essenciais igualmente constitutivos da condição de pessoa humana, com primazia da liberdade; e se tais elementos essenciais são influenciados uns pelos outros, como essa realidade vai se projetar na definição do que é *bem* e do que é *bem* comum? Quem vai defini-lo nesse novo paradigma personalista? É a esse tema que dedicaremos o capítulo seguinte.

Capítulo 2 - O *bem* comum segundo uma perspectiva personalista

As ideias de *bem* e de *bem* comum, objeto central da Ética e da Política, são temas de abordagem necessária em qualquer estudo que envolva a problemática da solidariedade, pois tais ciências com elas guardam íntima relação. Então, importa, inicialmente, ver como lhes compreende a própria Ética e a Política.

Ética é Filosofia e constitui uma das matérias basilares ou fundantes da grande meditação em torno do homem. É nela que se trava o debate entre o *bem* e o *mal*, e sobre o que é certo e o que é errado no comportamento humano. É no seu âmbito que se controverte a noção de *dever pelo dever, sem qualquer consideração de ordem utilitarista*, é dizer, o que simplesmente se deve incondicionalmente. Portanto, a Ética não é operacional, pois não tem apreço por um agir segundo um dado resultado ou uma finalidade. Ela corporifica um conjunto de convicções e de normas de conduta que funda e compõe a base moral da sociedade humana, conjunto este que bem pode ser traduzido como condição necessária da existência humana, o alicerce sobre o qual deve se estruturar toda a vida em sociedade, inclusive a Política.

Já a Política, em outro giro, é *práxis*, pois envolve o exercício do poder numa determinada sociedade. Em outros termos, ela é a atividade humana de poder no interesse dessa mesma sociedade (Filosofia e Ciências Políticas). Ao contrário da Ética, a Política é essencialmente operacional, porquanto esta, sim, visa a resultados concretos; busca atender a interesses da sociedade sobre a qual essa atividade humana de poder é exercida. Almeja a utilidade justamente ligada à realização de resultados.

Não obstante uma ser não operacional e a outra ser prática por excelência, Ética e Política se articulam entre si. Onde? Justamente na consideração do *bem*, visto como virtude e dever, pela Ética, um dever que também deve ser observado pela Política, assim como o *bem comum*, visto como o *bem público*, que deve ser o seu principal foco, fazendo da Política, ao menos no âmbito teórico, uma das mais nobres atividades humanas.

Desde a Antiguidade, como vimos no processo de afirmação histórica da solidariedade, seguindo o próprio percurso de afirmação da condição de pessoa humana até os dias de hoje, muitos pensadores de renome defendem que a Ética constitui a própria condição para a felicidade humana em sua existência na Terra.

Visto sob o aspecto eminentemente teórico, essa articulação entre Ética e Política, para a concretização de uma ideia do *bem* e do *bem comum*, parece simples. No entanto, não são raras as tensões oriundas dessa articulação; a uma, porque, por vezes, o bem político não corresponde ao conceito de bem ético; a duas, porque é mais comum do que gostaríamos de admitir que o *bem comum* camufle, no mau exercício da atividade política ou do poder político, um *bem particular* (o interesse particular do governante); a três, porque, na centralidade da Ética e da Política, nem sempre se teve e se tem a pessoa humana adequadamente compreendida, resultando, assim, articulações muito díspares ao longo da história.

Com efeito, o conteúdo de “*bem*” e de “*bem comum*” comportou, tal qual o próprio processo de afirmação da pessoa humana e de várias visões de estruturação de sociedade, distintas conformações ao longo dos tempos.

Para os filósofos gregos, que desconheciam a condição de pessoa humana, Ética e Política constituíam uma unidade do ordenamento natural do mundo. Por conseguinte, deveriam andar juntas, uma vez que o bom governo era tido como aquele do rei-filósofo, virtuoso e verdadeiramente ético.

Essa unidade ético-política nascida no mundo grego da Antiguidade (com Sócrates, Platão e Aristóteles) laica e lastreada em virtudes, estendeu-se por séculos nos mundos helênico e romano até o advento da hegemonia do Cristianismo. Note-se, contudo, que se tratava de uma postura ético-política tolerante com a escravidão, excludente no sentido de reconhecer a superioridade entre os homens, em nada estruturada numa compreensão de pessoa humana e sua dignidade imanente, de onde se extrai o fundamento último da solidariedade, em que pesem as preocupações com a finalidade do bem viver em coletividade de Aristóteles.

Na proposição medieval, principalmente na conformação da Filosofia Cristã e sua construção em torno da ideia de pessoa, o *bem comum* passou a ser visto como o bem de um e de todos, sendo, ao tempo, nos aspectos materiais, definido pelo poder político e, nos aspectos imateriais, definido pela Igreja, sendo que o poder político era submetido ao poder da Igreja.

A Igreja, ao fim e ao cabo, definia o sentido de *bem comum*, pois, como vimos na primeira parte deste estudo, durante muitos séculos, o fundamento da Ética, é dizer, das normas de comportamento do ser humano, foi pela Igreja ditado e tinha um substrato essencialmente religioso, configurando um mandamento divino a própria revelação de uma ordem transcendente que, no Ocidente, acabou emprestando fundamento ao judaísmo, ao cristianismo e ao islamismo, todas religiões monoteístas, configurando, portanto, uma Ética de base religiosa, também tolerante, em boa medida, com a escravidão durando muito tempo, assim como excludente das mulheres, uma Ética, ainda, rigorosa com a questão de honra, perseguidora e vingativa.

Depois de dezoito anos aproximados, passado o longo período religioso da Idade Média, vimos no Século XVI, em Nicolau Maquiavel - o primeiro a analisar a Política em sua natureza essencialmente operacional, na forma de uma ciência prática neutra, buscando ações eficazes, aptas a conduzir aos melhores resultados para a obtenção do fim absoluto da política e, por conseguinte, a conquista e a administração do poder sem nenhum juízo de valor - que a visão de unidade entre Ética e Política foi sustentada como uma articulação *frouxa*, ao preconizar uma proposta de instrumentalização do bem público, do *bem comum*, na ordem de representar não mais um fim; antes, um meio de se manter no poder, na lógica do fim dominante da Política, independente da ética dos meios.

A Ética, cuja articulação com a Política de que falamos, representando, também, uma articulação entre o bem e o bem comum, desabrochou mesmo a partir do Renascimento, notadamente, do Iluminismo do Século XVIII.

O Renascimento trouxe de volta o debate filosófico para a Ética e para a Política. Se de um lado tivemos, no Século XVI, a neutralidade política de Nicolau Maquiavel, o mesmo século nos trouxe Tomas Morus de quem antes tratamos, em cuja *“Utopia”*, descreve a república ética ideal, mas reconhecidamente irrealizável pela própria natureza humana (em que os seres humanos são iguais em dignidade e essência, mas desiguais em tudo o mais, em todos os aspectos humanos, materiais e imateriais), em que as ideias de *bem* e de *bem comum* assumiu outros contornos.

O Século XVII, de um lado, foi de guerras religiosas, sendo, ainda, caracterizado pela Revolução Inglesa, quando tiveram início as teorizações sobre o contrato social como a origem das sociedades, nomeadamente, o Estado.

Na esteira dessas teorias, Hobbes compreendeu a constituição da sociedade como uma convenção entre os indivíduos e o soberano para garantir a estabilidade e a sobrevivência, sem reconhecimento mínimo de liberdade, legitimando que recaísse nas mãos do soberano o poder exclusivo de definir o conteúdo do bem do indivíduo e do *bem comum*. Em sua doutrina, liberdade era obedecer à lei.

De John Locke, em outra linha de pensamento, adveio a ideia em torno de um governo civil minimamente democrático, abrindo-se, com ele, um caminho para discussão sobre a legitimidade do poder e sobre o dever de obedecer às leis do qual falamos na primeira parte desta investigação. O *bem comum* se reduzia aí na proteção da segurança, da liberdade individual e formal e da propriedade, a cargo do poder político.

Já o Século XVIII pode ser definido como o grande Século das Luzes, momento histórico em que tudo começou a ser discutido segundo à base da razão humana (não mais metafísica ou divina), sob a ótica empirista, quando ganharam espaços debates em torno de sentimentos e afetos.

Também configurou um momento histórico em que principiaram as primeiras discussões da Moral como Ciência, como, destarte, tivemos oportunidade de observar por ocasião de incursionarmos na doutrina de David Hume, que pretendeu fundar na experiência uma ciência da natureza humana, com a definição de bem a partir das experiências do indivíduo e de sua teorização sobre empatia.

Também foi no Século XVIII que, por meio de Jean-Jacques Rousseau, o *Contrato Social* recebeu nova representação ou conformação, numa proposição de base democrática, sob um enfoque exclusivamente formal da liberdade essencial do homem, segundo a prerrogativa de obedecer somente à lei que ele - o cidadão, na leitura liberal, reducionista e crítica que antes fizemos - der a si próprio.

Nessa atmosfera, eclode a Revolução Francesa, com declaradas ideias políticas libertárias e emancipatórias do homem, segundo os princípios da liberdade, da igualdade e da fraternidade, proclamando uma ética humanista da razão, que conferia primazia ao homem, como portador da liberdade, da razão e da ciência, tudo o quanto o diferenciava de todos os demais seres vivos na natureza.

Já ao final do Século XVIII, as ideias políticas libertárias e emancipatórias do homem, informadas por uma ética humanista, da razão humana e possuidor da ciência,

Immanuel Kant veio dar a sua colaboração na construção da Filosofia da Moral Moderna, ao edificar um sistema rigoroso de pensamento, colocando o fundamento da Ética nos princípios da razão, faculdade que, junto da liberdade, é da essência do ser humano.

Cuida-se, como vimos, de uma faculdade que liberta o homem do comando dos instintos, assim como permite ter em sua mente as noções de espaço e de tempo antes de qualquer experiência e, portanto, um conhecimento “*a priori*”. Esse conhecimento nos permite distinguir antecipadamente, é dizer, antes da ação, o *bem* do *mal* e, portanto, conceber regras do dever moral, que constituem um imperativo de caráter universal, o *imperativo categórico*. O que é bom, é dizer, o *bem*, é tudo aquilo que o alguém faz com a certeza de que todos podem e devem fazer, como uma lei universal (*o bem de todos*, segundo uma ética da convicção).

Entretanto, essa filosofia moral e, por conseguinte, ideia de *bem*, foi intensamente criticada, primeiro por Hegel, depois por Karl Marx, com elaboração de sistemas de ideias também fundadas na razão, mas - em desprezo às propostas de formação convencional das sociedades - uma razão histórica que, como vimos de afirmar, constituíram as bases dos sistemas socialistas, comunistas e totalitaristas (sem espaço para a Ética) que centralizavam no Estado as ideias de *bem comum*, ditadas pelo Estado e no seu exclusivo interesse.

Max Weber, a seu turno, buscou conciliar os deveres da Ética com os resultados da Política, que veio a ser conhecida como a ética da responsabilidade, que, em apertada síntese, obrigava a considerar os resultados objetivos de qualquer ação política (bem de todos).

Não é demais ainda referir, na contemporaneidade, já no Século XX, em oposição àquela fundamentação transcendental kantiana, movimentos filosóficos dos quais são expressão Apel e Habermas que, à sua vez, fundamentam a Moral na Razão, já não aquela tradicional, de base intuitiva kantiana, mas numa razão argumentativa, intersubjetiva, que chamaram de “*razão comunicativa*”, que, por seu turno, seria aquela emergente do debate verdadeiramente democrático e igualitário entre os seres humanos, pugnando por uma Ética - e, por tanto, o *bem comum* - racional do reconhecimento humano que, naturalmente, veio a desempenhar um importante papel na ligação da Ética e da Política, nos sistemas democráticos ocidentais, notadamente de uma democracia mais representativa.

O desenvolvimento desse tópico não estaria completo sem uma referência às evoluções paralelas de alguns pensadores americanos, que, de tradição mais pragmática, com matriz no empirismo inglês, sustentam que a Ética não tem nenhum fundamento de natureza transcendental e universal. Ela se constrói, nessa configuração, a partir da prática de cada sociedade, por um consenso entre os seus membros, de acordo com as noções de bem e de mal entre elas vigentes. Essas noções, segundo essas teorias, variam, objetivamente, de cultura para cultura.

Sem embargo, John Rawls, um expoente da Filosofia americana, vai discordar dessa leitura eminentemente pragmática de seus contemporâneos, para construir uma *Teoria da Justiça* ainda carregada da dimensão universalista kantiana. John Rawls vai sustentar uma justiça que resulte de escolhas humanas. Entretanto, propõe que tais escolhas sejam feitas numa posição absolutamente teórica, imaginária, em que ninguém conheça a sua posição real na sociedade. Cuida-se de um conceito procedimental de justiça, edificada sob “véu da ignorância” (justamente porque as escolhas são feitas por indivíduos que desconhecem suas posições reais na sociedade, de modo a não escolherem uma justiça que lhes favoreça em caráter pessoal, ou favoreça alguém, em caráter individual, ou que realize, enfim, interesses privados daqueles que decidem sobre o que a justiça é), que irá chamar de “*justiça como equidade*”, que exigirá da Política linhas de ação que reduzam, necessariamente, as desigualdades, por este meio, atingindo o *bem comum*.

Da conjunção das ideias que acabamos de desenvolver, vimos que o *bem* e o *bem comum*, ora na versão da Antiguidade Clássica, ora na conformação da Filosofia Cristã, ora na feição liberal, quando pensados como o bem exclusivamente da parte (do indivíduo), ora na sua acepção social-provedora, compreendendo o bem de todos, sob o domínio do designado “*interesse público*”, ora na visão socialista, na visão do bem do Estado, ora fundada na ação comunicativa, dialógica e de consenso, ora numa teoria da justiça como equidade, de natureza procedimental, à base do véu da ignorância, com o fito de reduzir as desigualdades, colocaram em mãos diferentes e sob fundamentos distintos a decisão da escolha do que seja o *bem* e o *bem comum*.

Além do fundamento ético e político, *bem* e *bem comum* são conceitos estreitamente ligados às concepções cristãs e por estas desenvolvidas, notadamente como precursora da questão social, cujo mérito não se lhe pode retirar.

O Compêndio da Doutrina Social da Igreja⁶⁴² - expandida, como se afirmou, numa espécie de resgate aristotélico-tomista, no objetivo de solução da questão social -, consigna que “*a dignidade, a unidade e a igualdade de todas as pessoas deriva, antes de tudo, o princípio do bem comum, a que se deve relacionar cada aspecto da vida social para encontrar pleno sentido. Segundo uma primeira e vasta acepção, por bem comum se entende: o conjunto de condições da vida social que permitem, tanto aos grupos, como a cada um dos seus membros, atingir mais plena e facilmente a própria perfeição*”.

Em radiomensagem de natal do ano de 1942⁶⁴³, o Papa Pio XII definiu o *bem comum* como sendo “*aquelas condições externas que são necessárias ao conjunto de cidadãos, para o desenvolvimento de suas qualidades e ofícios, de sua vida material, intelectual e religiosa, enquanto, por uma parte, as forças e as energias da família e de outros organismos aos quais corresponde uma natural precedência não bastem, e por outra, a vontade salvífica de Deus não tenha determinado na Igreja outra sociedade universal, a serviço da pessoa humana e da realização de seus fins religiosos*”.

Dentro, ainda, do ambiente em que esse conceito se forjou, o Documento Conciliar do Vaticano II, a *Gaudium et Spes*⁶⁴⁴, reporta-se ao *bem comum* como “*o conjunto de condições da vida social que torna possível as associações e a cada um de seus membros a consecução mais plena e mais fácil de sua perfeição*”.

Danilo Castellano, em obra coletiva coordenada por Miguel Ayuso⁶⁴⁵, assinala que, em todos os tempos, mas, principalmente, em nosso tempo, houve dificuldades e imprecisões para definir o significado de *bem* e de *bem comum*, por haver, notadamente, uma pluralidade de conceitos e interpretações; que, no curso da história, se tem oferecido definições distintas - e, por vezes, conflitantes - do que vem a ser o *bem comum*, como, aliás, acabamos de constatar no resgate histórico em torno do tema.

Exemplificando essa pluralidade, aponta, em sua leitura, o *bem comum* como um projeto compartilhado de uma coletividade (hoje, à luz dessa ideologia, essa definição poderia identificar-se como *bem comum* e *patriotismo constitucional*, ou *bem comum* e

⁶⁴² João Paulo II, em [http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_po.html#Significado e principais implicações](http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_po.html#Significado%20e%20principais%20implica%C3%A7%C3%B5es). Acesso em 25-02-2013.

⁶⁴³ http://www.vatican.va/holy_father/pius_xii/speeches/1942/documents/hf_p-xii_spe_19421224_radiomessage-christmas_po.html. Acesso em 21-03-2013.

⁶⁴⁴ http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19651207_gaudium-et-spes_po.html. Acesso em 21-03-2013.

⁶⁴⁵ CASTELLANO, Danilo, in *Que es el Bien Común?* YUSO, Miguel. *El Bien Comum: Questiones Actuales e Implicaciones Político-Jurídicas*. Madrid: Fundación Elias de Tejada. Madrid, 2013, pp.13 e s.

democracia moderna). Ainda, como o bem dos demais (perspectiva em que bem e vantagem seriam, ao fim e ao cabo, a mesma coisa), conformando-se, nesse caso, o *bem comum*, com a igualdade, sobretudo, das condições econômicas e de acesso aos serviços.

O *bem comum* poderia, em outra formulação, assumir-se como *liberdade*, esta entendida como direito à absoluta autodeterminação, sobretudo, individual, assegurada pelo ordenamento jurídico liberal ou mesmo promovida por um ordenamento jurídico socialista (aqui o bem do Estado é destinado exclusivamente pelo Estado).

Esses simples apontamentos, destaca o autor, já mostram ser possível compreender que o *bem comum* constitui uma questão nodal sobre a qual se deve colocar especial atenção, para poder considerar verdadeiramente o problema político.

Observa Danilo Castellano, que, nas culturas moderna e contemporânea, o *bem comum* tem sido compreendido e interpretado como sinônimo de *bem público* ou, ao contrário, como sinônimo de *bem privado*, ou, ainda, como o conjunto de condições para o desenvolvimento do indivíduo e/ou da pessoa humana.

A primeira identificação que amolda o *bem comum* como *bem público* representa, conforme o autor, o produto coerente das teorias construtivistas da sociedade política (Hobbes, Locke e Rousseau, como anteriormente abordamos), ou seja, aquelas teorias que negam a naturalidade da sociedade política e sustentam que ela não decorre da natureza humana, mas de um contrato, originando-se, portanto, de uma convenção humana.

Desde essa premissa, não seria possível falar propriamente em *bem comum*, porquanto o Estado - nascido de um contrato - não teria, de rigor, nada em comum com os homens que o teriam constituído. Daí a coerência de, no âmbito do Estado, falar-se apenas em *bem público*, compreendido como o *bem privado da “PRONA civitatis”*. Isso mostra possível compreender o motivo pelo qual, em termos de linguagem moderna e contemporânea, utilizamos a expressão “*interesse público*” com o sentido de “*bem comum*”.

Não se trata, contudo, na visão de Danilo Castellano, de um erro, mas da aplicação coerente de categorias doutrinárias racionalistas que, enquanto tais, ignoram a realidade, inclusive com a pretensão de destituí-la. Para demonstrar isso, Danilo Castellano exemplifica que Rousseau⁶⁴⁶ é claro a este respeito quando diz e escreve no livro V de sua obra pedagógico-política: “*Antes de observar, Emílio, é preciso fazer-se com*

⁶⁴⁶ Rousseau, Jean-Jacques, in *Emílio*, Livro V.

normas para a própria observação: há que se fazer com uma escala que se refira as medidas que se tomam. Nossos princípios de direito político são essa escala. Nossas medidas são as leis políticas de todo o país.”

O *bem comum* depende, portanto, nesse aspecto, do homem; também é ele quem define o *bem comum*. O chamado “*bem público*” se identifica, em última instância e desde qualquer teoria construtivista (contratualista), *com a conservação do Estado*, em vista do que *se tem por legítima toda a sua atuação em seu nome*: o fim, em efeito, justifica os meios (a razão de Estado, a exemplo da proposta de Maquiavel).

Nessa linha contratualista, *o Estado e sua existência é o bem por excelência*, no dizer do autor, *porque é o bem que permite a vida civil e a vida em comunidade*, uma vez que essa realidade é a criadora da Ética e do Direito. Mesmo Hegel - que não foi um contratualista, mas, sim, um racionalista -, diria que o Estado é a mesma substância ética consciente de si e que reconduz toda a vida da substância universal. Segundo essa ideia, o *bem comum* é o todo substancial *estranho às partes das quais está construído* e que, por sua vez, estão constituídos por ele.

Nessa ordem de ideias, Danilo Castellano também se reporta ao entendimento de Marcel de Corte⁶⁴⁷, filósofo da contemporaneidade de forte cariz realista, segundo o qual, a visão do *bem comum* não se pode compartilhar racionalmente, a começar por *pretender ser a unidade em vez de a união*, e por ela fazer-se unicidade, suprimindo a pluralidade das realidades individuais.

Em tal contexto, Danilo Castellano enxerga na identificação de *bem comum* como *bem público* uma *negação da própria ideia de bem* em si, já que o *bem*, no caso, *vai depender da vontade que é considerada ética e racional* sobre a base da consideração de que sua vontade efetiva aporte o critério da racionalidade universal somente porque é única e geral, centralizando a noção de bem, portanto, segundo a vontade do poder político.

Isso porque, nessa linha de raciocínio, o critério de *bem* repousaria exclusivamente na norma positiva que, em sua visão, não tutela o *bem*, nem a *moral*, nem o *jurídico*, pois o bem seria ela mesma (a norma positiva). O *bem* seguiria a mesma *ratio* da lei que, a seu turno, *é lei porque querida pelo Estado*, aquele que nunca está sujeito a errar.

Já a identificação do *bem comum* com o *bem privado*, este absorvido por aquele, também apresenta problemas, no dizer de Danilo Castellano. Tal identificação tem sido, segundo ele, favorecida por constituir uma reação contra as doutrinas realistas, em

⁶⁴⁷ DE CORTE, Marcel, in *De la Justice*, Jarzé: Dominique Martins Morin, 1973, p.11.

especial, a hegeliana, devido a sua pretensão de fazer da verdade um sistema de verdades absurdo pelas contradições e aporias que se evidenciam em sua aplicação e que, portanto, não se evidenciam na prática. Conforme o autor, a derrota dos Estados Totalitários na Segunda Guerra Mundial representou, destarte, a fratura do sistema de Hegel e forneceu a prova das desastrosas e desumanas consequências em que tal doutrina e identificação do *bem comum* com o *bem privado* incorreu.

Outra leitura de *bem comum*, segundo o magistério do mesmo autor, se acha ligada a uma teoria de origem protestante, cuja afirmação resultou favorecida pelo que Danilo Castellano denominou de “*ilusão*”, que *outorgava valor ao indivíduo, à pessoa humana*, lastreada em seu sacrifício no altar da verdade idealista mais abstrato. A difusão das velhas (embora apresentadas como novas) teorias políticas liberais que vieram também favorecidas por equívocos no plano teórico (indivíduo e pessoa pareciam em muitos termos equivalentes) e, sobretudo, pelas circunstâncias históricas do final do segundo conflito mundial: os Estados vencedores dos regimes definidos como autoritários dificilmente poderiam conviver com o marxismo e este, tampouco, com o cristianismo, fosse em sua versão católica ou protestante convertendo-se, o primeiro, em inimigo comum aos demais e a batalha (anticomunista), em nome da liberdade, que, em sua essência, não poderia ser traduzida como *bem comum*, nem ser lida como uma *liberdade responsável*.

As doutrinas políticas ocidentais, a exemplo da teoria política segundo Jacques Maritain⁶⁴⁸ (apregando um personalismo que preconiza a pessoa humana como uma expressão dialética do individual e do social, segundo uma proposição de dois círculos concêntricos, um menor, representando a pessoa humana, e outro, maior, a coletividade e a humanidade inteira, conformando-a como um todo dentro de um todo), se empenharam em justificar a queda das posições que, particularmente na Europa, haviam sido hegemônicas até a metade do Século XX, uma ameaça à humanidade.

Passou-se, a partir de então, como observa o autor, a sustentar que o *bem comum* não era o *bem público*, mas, sim, o *bem privado*. Nessa perspectiva, *o essencial era o bem do indivíduo*, frente ao qual o Estado e o ordenamento jurídico deveriam se considerar servidores e, portanto, instrumentais ante a qualquer opção individual, a qualquer desejo da pessoa, qualquer que fosse seu projeto de vida.

Isso não só porque, conforme algumas doutrinas, o projeto se mostrava com a mesma natureza humana, mas, também, porque se entendia que toda regra heterônoma,

⁶⁴⁸ MARITAIN, Jacques, in *Humanismo Integral*. São Paulo: Editora Dôminus, 1962, p.37

imposta à vontade do sujeito, seria um atentado inflitivo de sua liberdade, um atentado fascista, do qual se deveria tão absoluta como rapidamente se libertar.

Nesse passo, o ordenamento jurídico, para se legitimar, haveria de encontrar o consenso (compreendido como uma mera adesão voluntarista a qualquer projeto) dos cidadãos. Por ele, convertia-se em intolerante qualquer Estado que tivesse individualizado a natureza de “*bem*”, guindando-o à condição de regra de sua legislação e de seu governo. O bem e o mal pertencem à esfera privada: *o público não deve ter opinião acerca do que é vida boa para o indivíduo*; ao revés, deve-lhe ser absolutamente indiferente.

Seguindo essa ordem de ideias, a nova *ratio* a reger e animar os ordenamentos jurídicos ocidentais contemporâneos deveria ser buscada em um conjunto de valores neoliberais, que se têm expandido pouco a pouco, e que se apresenta, entretanto, como a via a que se deve recorrer para segui-lo.

Danilo Castellano destaca que derivou daí, como consequência do desabamento do privado sobre o público, o desaparecimento do *bem* e, necessariamente, o desaparecimento do *bem comum* em si, posto que *o único fim da comunidade política que se configuraria legítimo seria o de assegurar, garantindo-o, em uma perspectiva liberal, e ou promovendo-o em uma perspectiva liberal-socialista, a liberdade negativa* que, à sua vez, se converte em liberação total e, na perspectiva marxista, em liberdade radical. Entretanto, como isso não é possível em absoluto, assegurou ao poder a tarefa de mediar entre instâncias e pretensões contrapostas, tanto que agora se afirma explicitamente que *o Parlamento é o lugar de composição dos interesses*.

Assim, o poder político, no dizer de Danilo Castellano, por ele estaria legitimado por um contrato de mandato, o *bem comum* por um *consenso majoritário da sociedade civil*, não certamente pela racionalidade do mando político, mas segundo a racionalidade entendida em conformidade com a essência e o fim natural das pessoas.

O Estado Moderno da velha Europa, nesse contexto, sustenta o autor, desapareceu, à medida que se afirmou o Estado como um processo teorizado pela Ciência Política norte-americana desde o final do Século XIX, em que se entendia que *o poder político constitui mero poder*, e que o conflito é a alma da chamada convivência civil.

Isso implica que a realização da vontade, a obtenção dos interesses, o esgotamento das paixões e os desejos, tanto dos indivíduos como dos grupos - e não, portanto, a vida segundo a razão -, representem o objetivo a alcançar. Isso é o que se considera, nessa

ambiência, o *bem* que, destarte, *nada tem de comum*, sendo, como anota o autor, parte ou solipsista, em todo caso, privado, no sentido moderno do termo.

Danilo Castellano examina, ainda, o *bem comum* segundo a *perspectiva de um conjunto de condições para o desenvolvimento da pessoa*. Esse raciocínio, na visão do aludido autor, leva a uma definição menos equivocada do *bem comum*.

Mas a ele essa configuração parece fortemente hipotecada pela doutrina liberal, embora não venha necessária e explicitamente do liberalismo. Isso porque, o *bem comum*, visto como um conjunto das condições para o desenvolvimento da pessoa pode conduzir, de uma parte, ao *subjetivismo*, seja na interpretação (a liberdade conforme Locke, ao preconizar que o indivíduo tem direito à felicidade, uma felicidade que pode situar naquilo que crê que o faça feliz), seja no sentido vitalista (segundo o qual as condições sociais e jurídicas devem ser garantidas de abertura de canais à espontaneidade individual). E, por outro lado, pode levar a sustentar-se que as condições sócio-jurídicas devem representar o baluarte para permitir o explicar-se da consciência, a propósito da qual a cultura contemporânea, por certo, não tem uma noção unívoca.

É dizer, a consciência, como faculdade naturalista, é a premissa da consciência como processo de onde advém a certeza simples e imediata que chega à autoconsciência como a verdade que sabe, isto é, ao espírito; não é a consciência como um produto de um bloqueio histórico-social, como pensou Gramsci, e menos ainda um reto juízo da razão, como pensado na Filosofia Cristã, comungado pela Igreja Católica. A doutrina do liberalismo ético, compartilhada, neste aspecto, também pelos filósofos católicos, em últimos termos, no dizer no autor, permanece liberal, visto que deve postular, coerentemente, o direito como afirmação da consciência, sobretudo quando é certa, embora não seja reta.

No plano político, isso quer significar, segundo Danilo Castellano, que a autoridade deve sempre desistir de exercitar seu dever/poder, máxime quando não encontra o consentimento do sujeito destinatário do mandamento político. Na melhor das hipóteses, ele deveria se limitar a indicar o que se deveria fazer para agir em conformidade com a ordem natural, porque nunca se poderia forçar o seu respeito ou a sua observância. De efeito, cairiam, assim, os limites ligados à ordem pública, informados pela justiça, repetidas vezes invocados pelo próprio II Concílio do Vaticano, incluídos os seus documentos mais discutidos e discutíveis.

Em outras palavras, segundo Danilo Castellano, terminar-se-ia por acolher as doutrinas do *personalismo contemporâneo* - que critica - para além de suas versões particulares, e que, a seu ver, têm se revelado como uma forma radical de individualismo.

O autor, então, concede ser verdade que os documentos oficiais da Igreja, ao definirem o *bem comum* como *um conjunto de decisões que permitem aos grupos e aos indivíduos atingirem sua perfeição* introduzem, justamente, o critério da “*perfeição*”, e que tal perfeição pode ser considerada como a condição de que seja possível uma preferência à natureza da pessoa filosoficamente entendida.

Se, em contrário, a perfeição dependesse da vontade coletiva e/ou individual, haveria, forçosamente, de se identificar a perfeição com a realização plena do desejo e de qualquer arroubo ou elã (é dizer, para o bem ou para o mal, postura que, numa leitura rasa de solidariedade, poderia conduzi-la a uma igual identificação com uma associação criminosa perfeita ou mesmo realização da perfeição do mal segundo uma vontade individual). A perfeição, fosse o que fosse, nesse caso, radicaria na efetividade da liberdade negativa.

Isso se deve ao fato de que a liberdade negativa, como adverte o autor, constitui a própria negação do *bem*, não sua posição. Onde se introduzisse o bem como critério de perfeição, se negaria a liberdade como pura e absolutamente autodeterminação do querer, porque, também, neste caso, restaria um resíduo de dever que representaria um critério-limite na autodeterminação subjetiva. Aqui, observe-se que o autor se reporta à liberdade na feição liberal, absoluta, que não comunga dos demais elementos essenciais à condição de pessoa humana.

Depois de discorrer sobre, em síntese, esses três modos muito distintos de se entender o *bem* e o *bem comum*, o autor os reputa, senão de errôneos, incompletos. Primeiro, porque dois deles estão ainda envolvidos em sua oposição: o *bem comum* como “um bem público” e o *bem comum* como um “bem privado” fazem sua a liberdade negativa, embora o primeiro coloque o seu exercício no Estado (o soberano), e o segundo, no indivíduo (o proprietário).

Já o terceiro modo de entender o *bem comum* que o autor referiu, ele próprio admite que a perspectiva permite que entre pela janela, o que frequentemente se tem tentado tirar ou se tem tirado, efetivamente, pela porta, advertindo que, se é possível que retorne pela janela o que retiramos pela porta, isso é sinal de uma dificuldade, seguramente de uma incerteza e, às vezes, de uma profunda desorientação. Assim, não resulta

claramente iluminada a questão do *bem comum*, nem que continue reconhecendo e ensinando que a justiça é um fim e que constitui a regra Política.

Sob essas reflexões, o autor parte em busca de tematizar a questão, na busca de dar uma resposta mais fundada e argumentada sobre o que venha a ser o *bem comum*.

Primeiramente, sustenta, então, que “*El bien - podemos decir de inmediato - es aquello a lo que todas las cosas tienden por naturaleza. La comunidad política es natural y no puede sino tener un fin natural. Portanto, un bien que alcanzar y que está sustraído a la elección, es decir, a la opinión, a la disponibilidad de los hombres*”. Isso a propósito de compreender que a sua própria vida em sociedade não é um dado natural e necessário, que independe de valorações, de cálculos ou decisões. O próprio fato de alcançar o bem não está na esfera de decisão do próprio homem, tampouco de sua opinião, no entender do autor.

Dentro da ideia da sociabilidade natural do homem, o autor sustenta que deve existir, como existe, *um bem próprio da comunidade política* e, ao mesmo tempo, se indaga: que bem é esse? Ele próprio responde que, com Aristóteles, podemos responder que esse bem é o *bem político*, ou seja, *o bem da comunidade política*, que é o mesmo bem do homem, pois, em sua filosofia, é o bem do indivíduo e o bem da *polis*. Trata-se do mesmo bem, como sustenta o Estagirita já nas primeiras páginas de sua *Ética a Nicômaco*, embora Aristóteles precise, desde logo, que o *bem da polis seja algo manifestamente algo maior e mais perfeito que o do indivíduo*, porquanto, nas suas lições, perseguir-se e salvaguardar o *bem comum* é mais belo e mais divino.

Entretanto, tais expressões, acentua Danilo Castellano, para serem compreendidas adequadamente, requereriam uma vasta explicação, pois nada resulta mais difícil que a compreensão da evidência, quando esta não se parece como tal. Bastaria aqui dizer que o belo e o divino não devem ser entendidos nem em um sentido de estética nem em um sentido fideísta, mas, o primeiro, como o *esplendor* da forma que revela a essência de uma coisa perfeita, termo assim usado em sua perspectiva teórica; e o segundo, o *divino*, é o que vem dado pelos deuses e só aos deuses pertence. É assim que tais expressões devem, à partida, ser lidas, compreendidas e respeitadas e, no âmbito político, secundados.

Contudo, assevera o autor, antes, é necessário ter em conta que, para poder conduzir uma indagação sobre a estrutura da comunidade política, de seus fins e de sua melhor organização, impõe-se levar em consideração o cumprimento da filosofia do homem, é dizer, conhecer sua natureza e seus fins. É por ela que se pode concluir com

suficiente segurança que o *bem comum* é o *bem próprio* de cada homem enquanto homem e, por isso, *bem comum a todos os homens*.

Com isso, no dizer de Danilo Castellano, um *bem não é público nem privado*: um *bem não é dado por elementos ou conjunto de elementos exteriores ao homem* e, por vezes, *estranhos ao próprio homem*. Ao contrário, um *bem é intrínseco à natureza do ser humano e é, por isso, inalienável*.

Esse *bem* é, igualmente, o *bem próprio da comunidade política*, uma vez que esta é constituída por homens e por outras sociedades humanas naturais (família, sociedade civil) que *existem em função de bens do homem*, coisa que a comunidade política faz, principalmente, com o ordenamento jurídico justo, no intuito de conseguir o *bem* que, resumidamente, é a vida autenticamente humana, isto é, a vida conduzida de conformidade com a ordem natural própria do ser humano.

Muito embora a brilhante abordagem do mestre espanhol faltou à sua construção teórica, ao nosso modo de ver, o reconhecimento de que o mal existe e ainda está da esfera de liberdade individual. Se é verdade que o bem é aquilo a que todas as coisas tendem por natureza, não se pode deixar de reconhecer que o mal integra, igualmente, a natureza humana e ainda se insere no contexto de liberdade de o homem determinar seus fins e o modo de alcançá-lo, cuja consciência moral e racional lhe cominam correlata responsabilidade.

Segundo uma razão humana, se o bem existe, obviamente o mal também existe e pertence a mesma natureza humana, cabendo ao indivíduo decidir o sentido de bem para si. Se esse bem escolhido implicar o mal para si a ponto de colocar em risco sua própria existência ou defraudar sua condição humana, ou mesmo importar o mal de outrem, a justiça corretiva, imanente da mesma dignidade, será chamada a atuar, limitando o livre arbítrio e impondo responsabilidades. Ou seja, o autor não considera como próprio da dignidade humana, o direito de o indivíduo definir o que é o seu bem, a sua felicidade e os seus fins, ainda que isso implique responsabilidade.

Outra crítica que a construção teórica comporta é que o autor, ao referir que o *bem comum* é o bem próprio de cada homem enquanto homem, não deduz esse *bem comum* como uma manifestação da solidariedade imanente de cada ser humano enquanto forma de expressão de justiça distributiva/social, com racionalidade na igualdade, conatural do homem, nem fala que esse *bem comum* implica uma deverosidade que vincula heteronomamente o homem e a coletividade, independente de convenção.

Além disso, Danilo Castellano não faz nenhuma referência de como e em que limites ou sob que critérios o homem tem o dever para a construção do próprio bem e do bem da coletividade.

Ignacio Barreiro⁶⁴⁹ realiza, igualmente, interessante leitura sobre o enfoque de um *bem comum* temporal, especialmente sob uma abordagem cristã. Também seria da vontade do autor expor com precisão os ensinamentos do magistério da Igreja sobre o *bem comum* temporal, mas reconhece, contudo, que isso traz em si alguma dificuldade em razão das oscilações interpretativas que tal conceito fundamental sofreu desde os últimos decênios do Século XIX, sobretudo, na segunda metade do século passado, particularmente preocupantes por certas abordagens subjetivistas, o que percebe em certos ativistas políticos que cobrem seu cristianismo com um espírito democrático e sua democracia com uma visão socialista.

Essa experiência histórica, no entendimento de Ignacio Barreiro, faz compreender que a democracia contemporânea não pode servir como elemento capaz de definir o que seja *bem comum*. Já uma interpretação do magistério contemporâneo da Igreja, em continuidade com a tradição, mostra inalterado o conceito objetivo de *bem comum*.

Assevera o autor, que o Compêndio da Doutrina Social da Igreja, do Pontifício Conselho Justiça e Paz, de 02 de abril de 2004, sob certa eclipse ou obscurecência do conceito fundamental de *bem comum*, dedica-lhe uma importante seção como parte da apresentação dos princípios que devem reger a Doutrina Social da Igreja. Ele reitera a afirmação evidente de que nenhuma forma expressiva da sociabilidade - desde a família, passando pelo grupo de associação intermediário, a empresa de caráter econômico, a cidade, a região, o Estado e até mesmo as comunidades dos povos e das nações - pode abster-se da questão do próprio *bem comum*, *que é constitutivo de seu significado e autêntica razão de ser de sua própria subsistência*.

Ignacio Barreiro parte, assim, para sua análise dos fins naturais da sociedade civil. Segundo o autor, existe um fim natural da sociedade civil que é o *bem comum* de todos os integrantes da coletividade. Cuida-se do *bem universal* que transcende, e ao mesmo tempo, *mantém todos os bens particulares*.

⁶⁴⁹ BARREIRO, Ignacio. *Las Enseñanzas del Magisterio sobre el Bien Común Temporal*. In YUSO, Miguel. *El Bien Comum: Questiones Actuales e Implicaciones Político-Jurídicas*. Madrid: Fundación Elias de Tejada. Madrid, 2013, pp.27 e s.

Baseando-se nos ensinamentos de Santo Agostinho e de São Tomás de Aquino, o Papa Pio XII afirmou, na mensagem natalina de 1942, que “*dois elementos primordiais regem, pois, a vida social: a convivência em ordem e a convivência em tranquilidade*”. Assim, o *bem comum* pode também ser chamado de *bem geral* ou *bem público*⁶⁵⁰.

Destaca que o Papa Leão XIII utiliza como termo equivalente a expressão saúde pública, sinalizando que “*a custódia da saúde pública não é somente a suprema lei, senão que a razão total do poder*”.⁶⁵¹

Ignacio Barreiro adverte que é importante estabelecer inicialmente - em que pese o sentido contrário em que se manifestam alguns expoentes do pensamento católico, influenciados pelo socialismo -, que *não há contradição nem oposição entre o bem comum e o bem individual*. Isso porque, em primeiro lugar, é evidente que o *bem próprio* não pode existir sem o *bem comum* da família, da cidade ou do reino. Em segundo lugar, porque o homem é parte da casa e da cidade, e é preciso que julgue o que é bom para ele à luz da prudência que tem por objeto o bem da multidão. Segundo esse raciocínio, *a boa disposição da parte se toma em relação ao todo*. Isso também demonstra o que é um bem relacional, que existe na relação social concreta.

Torna-se, assim, a seu ver, evidente, que o homem se valoriza não quando isolando, mas quando se coloca em relação com os outros e com Deus. Essa valorização se realiza dentro de uma sociedade histórica concreta, marcada por vivências pessoais que têm profundas raízes em um viver coletivo.

Dessas premissas, conclui que o *bem comum* se realiza em uma sociedade, na medida em que essa mesma sociedade seja regida pela ordem natural das coisas, nos termos preconizados por Leão XIII. A determinação do *bem comum*, como, à sua vez, ensina Pio XI, lhe corresponde à lei natural; porém, quando a necessidade o exige e a lei natural não o determina, *ele é cometido ao Estado*.

Equivale a dizer, nessa ordem de ideias, que a sociedade politicamente organizada preencheria ou integraria o vazio do direito natural. Um vazio ocasionado por acontecimentos que não têm claros antecedentes no passado e aos quais há que se dar uma resposta adequada.

⁶⁵⁰ Toda convivência social digna desse nome, assim como tem sua origem na vontade de paz, também tende à paz; aquela tranquila convivência na ordem em que São Tomás de Aquino, repetindo a conhecida frase de Santo Agostinho que vê sua essência na paz, conforme Pio XII, in *Mensaje de Navidad de 1942*, num.05.

⁶⁵¹ Leão XIII, in *Rerum Novarum*, de 15 de maio de 1891, num.26.

Uma ideia de *bem comum* que, de certa forma, segundo Ignacio Barreiro, passou a ser considerada clássica, em que pese suas deficiências, pois, de algum modo, o coisifica e não entra em sua substância, é aquela que estabelece que o *bem comum* constitua “*el conjunto de las condiciones de la vida social, que hacen posible a las asociaciones y a cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de la propia perfección*”⁶⁵², porque, toda a sociedade ao buscar seu *bem comum*, busca sua perfeição e o fim de ser completa.

Seguindo essa orientação, conforme Leão XII, adverte o autor, “*toda a perfeição da sociedade está em buscar e conseguir aquilo para o que foi instituída, de modo que seja a causa dos movimentos e atos sociais a mesma causa que originou a sociedade*”⁶⁵³. Esse ensinamento corresponde, no dizer de Ignacio Barreiro, a uma afirmação totalmente lógica de São Tomás de Aquino de que o fim de cada criatura é ser completamente aquilo para o que Deus a criou.

Sob inequívoca influência da Filosofia Cristã, o autor tece, ainda, algumas considerações sobre o *bem comum* temporal e o *bem comum eterno*, porque entende que, embora seu estudo tenha por objetivo o *bem comum temporal*, há que se ter sempre em mente tal *bem comum temporal* deve estar invariavelmente em conformidade com o *bem supremo e imutável* - onde encontra seu último fundamento - que, na compreensão de Ignacio Barreiro, leva o homem ao seu destino eterno, pois Deus, em si mesmo, é o *bem comum* do homem, evidenciando-se que o autor tem um entendimento em torno do *bem comum* de base essencialmente *jusnaturalista divina*.

E, baseado nos ensinamentos de Leão XII, o autor também é assente que a sociedade não foi instituída pela natureza, para que a busque o homem como um fim, senão para que nela e por ela possua meios eficazes para sua própria perfeição. Se, portanto, alguma sociedade buscasse somente as vantagens materiais e o culto da vida de luxo e de abundância e ignorasse a Deus, ou menosprezasse as leis morais, se desviaria, lamentavelmente, do fim que a sua própria natureza prescreve, merecendo já não o conceito de comunidade ou de reunião de homens, senão que uma versão enganosa e simulada de sociedade.

Salienta, em outro giro, que Pio XII explicou, na já referida Mensagem de Natal de 1942, que uma doutrina ou construção social que negue essa interna e essencial conexão com Deus de tudo o quanto se refere ao homem, ou dela prescindir, segue um falso

⁶⁵² Op.cit., p.31.

⁶⁵³ Leão XIII, *Rerum Novarum*, num. 21.

caminho e, enquanto constrói com uma mão, prepara com a outra os meios que cedo ou tarde colocarão em perigo e destruirão sua obra.

No mesmo documento, o venerável Pontífice assinala que a vida social exige por si uma unidade que somente é possível quando a sociedade se mantém fiel a Deus, supremo regulador de tudo quanto ao homem se refere.

Ignacio Barreiro destaca, em continuação, que João XXII⁶⁵⁴ afirmou, logicamente, que a paz não pode se dar na sociedade humana, se, primeiro, ela não se der no interior de cada homem, é dizer, se, antes, cada um não guardar em si mesmo a ordem que Deus tiver estabelecido. É evidente que, se buscarmos a instalação do Reino de Deus na sociedade, inicialmente, temos que estabelecê-lo na alma de cada sociedade ou em um número substancial de sua maioria.

Acrescenta que, segundo João Paulo⁶⁵⁵, analisando as causas da queda do comunismo, o Pontífice demonstra como uma sociedade não pode viver sem Deus no vazio provocado pelo Ateísmo. E, dessa perspectiva, conclui, indicando que o Reino de Deus deve ter um efeito concreto na vida da sociedade temporal, iluminando a ordem da sociedade humana, nela penetrando com as energias da graça.

Pois bem. Se, por um lado, deve existir uma clara distinção entre os poderes civis e eclesiásticos, como se pode inferir do constante magistério da Igreja, por outro lado, não podemos falar, então, de uma separação entre a mesma Igreja e o Estado, porquanto é natural que ambos colaborem, dentro de suas competências, e se mantenha a unidade católica da sociedade, que é uma parte integral das “Espanhas”.

Poder-se-ia, sustenta Ignacio Barreiro, fazer, ainda, muitas distinções sobre os deveres dos dirigentes da sociedade política e os deveres da hierarquia da Igreja. Uma das primeiras considerações é que, numa sociedade católica, *as autoridades civis devem atuar também como membros da Igreja*. Em uma sociedade em que a maioria de seus membros não sejam católicos, eles têm o dever de coerência, e as autoridades eclesiásticas, como bem tem destacado o cardeal Raymond Burke⁶⁵⁶, têm o direito e o dever de exigir-lhes que cumpram seus deveres em coerência com a fé que professam ter.

⁶⁵⁴ João XXII, *Pacem in terris*, 11 de abril de 1963, p.65.

⁶⁵⁵ João Paulo II, *Centesimus Annus*, 1º de maio de 1991, p.24.

⁶⁵⁶ BURKE, Raymond Léo (cardeal), in *Canon 915: the discipline regarding the denial Holy Communion to those obstinately preserving in manifest grave sin*, Periodica de RE Canônica, vol.96, 2007, pp. 3-58.

É que, a propósito de definir o *bem comum*, a Igreja insiste que sua maior expressão se dá na instauração do Reino Social de Cristo, como tem ensinado todo o seu magistério. Pio XII insita fortemente a todos os homens que se unam na boa e pacífica batalha de Cristo e, todos, sob a guia e o magistério da Igreja, em conformidade com a sagacidade, as forças e as condições da cada um, e tratem de fazer algo por essa restauração cristã da sociedade humana, o que Leão XIII propôs por meio da sua encíclica imortal *Rerum Novarum*.

Em boa leitura, o Pontífice propõe que os homens e os dirigentes da sociedade não busquem a si mesmos ou em proveito próprio, mas, sim, os interesses de Cristo; que não pretendam, em absoluto, suas próprias vontades, mas que se mostrem dispostos a renunciar a elas (se refere às vontades), por melhores que sejam, se o *bem comum* assim pareça reclamar, para que em todo e sobre tudo, reine Cristo, impere Cristo, a quem se deve a honra e a glória pelos séculos.

Ignacio Barreiro observa que Pio XI⁶⁵⁷ também propõe essa doutrina, incluindo tais ideias em suas encíclicas. Ainda que as circunstâncias econômicas da sociedade tivessem melhorado, nos idos de 1925, a situação moral da sociedade ainda se mostrava demasiada carente. O Pontífice queria dar uma esperança àquele mundo dominado pelo material e carente de luzes divinas, fazendo-o com a encíclica “*Quas primas*”⁶⁵⁸, preconizando a verdadeira união de todos no propósito do *bem comum*, que somente poderia ser alcançado quando as partes de uma sociedade se sentissem membros de uma mesma família e filhos de um mesmo pai celestial; e, mais ainda, de um mesmo corpo em Cristo, sendo todos membros uns dos outros, de modo que, se um padece, todos padecem com ele.⁶⁵⁹

Precisamos, nessa leitura ter uma visão precisa de uma sociedade ideal em que Cristo reine. Na citada encíclica *Quas primas*, em que Pio XII expõe o dogma da realização social em Cristo, ele afirma que todos os homens estão sob a autoridade de Cristo, tanto individual como coletivamente considerados. E acrescenta que erraria gravemente quem negasse ao Cristo-Homem o poder de todas as coisas humanas e temporais, porque o Pai lhe conferiu um direito absolutíssimo sobre as coisas criadas, de sorte que todas estão submetidas ao seu arbítrio.⁶⁶⁰

⁶⁵⁷ Pio XI, *Ubi Arcano*, 23 de dezembro de 1922.

⁶⁵⁸ Pio XI, *Quas primas*, num.6.

⁶⁵⁹ Semelhante leitura já tínhamos visto, embora não sob o fundamento cristão, mais, ainda, com uma fundamentação metafísica, em Aristóteles, como vimos na primeira parte deste estudo.

⁶⁶⁰ Pio XI, *Quas primas*, num.15

Inclusive, o Pontífice sublinhou: *Cristo é a fonte do bem público e privado*. Fora dele, não há buscar a salvação em nenhum outro, pois não foi dado aos homens outro nome abaixo do céu por meio do qual devemos nos salvar. E, finalmente, indica a responsabilidade dos governantes, sinalizando que eles se devem convencer de que eles mandam, mas, que, por direito próprio, por mandato e representação do Reino Divino, e ninguém tem que esconder a santa sabedoria que os detentores do poder deverão usar no exercício de sua autoridade, e em quão grande conta deverão ter com o *bem comum* e com a dignidade humana de seus inferiores, ao elaborar as leis e exigir o seu cumprimento.

Dentro, ainda, da Filosofia Cristã, em especial, sob a ótica da Igreja Católica, Bento XVI⁶⁶¹, por meio da encíclica *Caritas in veritate*, assevera que, *junto ao bem individual, há um bem relacionado com o viver social*, das pessoas e que a isso se chama de *bem comum*, lido como o *bem de todos nós, indivíduos, em que famílias e grupos intermediários se unem na comunidade social*. E o Pontífice insiste que tratar de obtê-lo é uma exigência de *justiça* e *caridade*. O compromisso para com o *bem comum*, quando está inspirado pela caridade, tem um valor superior ao valor meramente secular (estatal) ou político.

Como todo o compromisso em favor da *justiça*, o *bem comum* forma parte desse testemunho para com a caridade divina que, atuando no tempo, prepara o terreno. A ação do homem sobre a terra, quando está inspirada e fundada na caridade, contribui para a edificação dessa Cidade de Deus Universal, em direção à qual avança a história da família humana. Essa edificação da Cidade de Deus, de clara inspiração em Santo Agostinho, é parte da instauração do Reino Social de Cristo.

Assim, a Igreja, nessa perspectiva, continua sustentando essa doutrina, como o fez Bento XVI, no México, ao afirmar que o poder de Cristo se funda em um poder maior que alcança os corações: o amor de Deus que trouxe ao mundo com seu sacrifício e a verdade da qual tem dado testemunho. Este é seu Senhor, que ninguém poderá tirar nem esquecer. O compromisso de instaurar o Reino Social de Cristo surge, também, da consciência histórica de que o Cristianismo, da mesma forma que estabelece o *bem comum* da Europa, pode se constituir em o *bem comum* de toda sociedade humana.

Dito tudo isso, Ignacio Barreiro afirma que não podemos estar de acordo com o erro de muitos de nossos contemporâneos que estão dispostos a silenciar os direitos de Jesus Cristo em face da aparente impossibilidade de se obter sua restauração, referindo-

⁶⁶¹ Bento XVI, *Caritas in veritate*, num.7.

se, por certo, à cientificidade de todos os argumentos fundados na Filosofia Cristã, conforme acima desenvolvidos.

Isso porque, segundo sustenta, os católicos têm um generoso espírito de universalidade; por isso, lhe é profundamente repugnante vê-los reduzidos a um pequeno rebanho. Aceitar essa situação os levaria a ser uma seita, sobretudo, se algum caísse na tentação de pensar que são um pequeno grupo de eleitos e que todos os demais homens são uma massa de perdição.

Seguindo esse raciocínio, Ignacio Barreiro⁶⁶² afirma que o conceito de *bem comum*, em sua essência, é estático e imutável, devido ao fato de a natureza humana e, como consequência, a lei natural, serem permanentes. O autor também tem por base os ensinamentos de Leão XIII⁶⁶³, segundo o qual, *o poder político foi estabelecido pelo Supremo Criador* para relugar a vida pública conforme as prescrições daquela ordem imutável, que se apoia e é regida por princípios universais, para facilitar a pessoa humana, na vida presente, a consecução da perfeição física, intelectual e moral e para ajudar aos cidadãos a conseguir ou atingir *o fim sobrenatural* que constitui seu destino supremo.

Também funda suas conclusões nos ensinamentos de Pio XII, que preconizava que, apesar das mudanças e das transformações históricas, *o fim de toda a vida social permanece idêntico, sagrado e obrigatório*: o desenvolvimento dos valores pessoais do homem como imagem de Deus. Assim, permanece a obrigação (dever) de todo o membro da família humana de realizar seus fins imutáveis, seja quem for o legislador e a autoridade à qual obedeça.

Ignacio Barreiro retoma a definição de *bem comum* de João XXIII⁶⁶⁴, como um conjunto de condições sociais que permitem aos cidadãos o desenvolvimento rápido e pleno de sua própria perfeição, pois, na sua visão, é uma definição de alcance universal que se pode aplicar a vários períodos históricos, mesmo que ele inclua elementos que, de certa forma, poderiam ser cambiantes, como certo otimismo próprio do início da década de 60 e, ao mesmo tempo, com certa cautela, dos que falam, também, de um progresso da vida social como algo normativo, como decorrência da crescente intervenção dos poderes públicos na vida social, inclusive em matérias que, por

⁶⁶² Op.cit., p.37.

⁶⁶³ Leão XIII, *Immortale Dei*, de 2 de novembro de 1885, citado por Pio XII, na *Summi Pontificatus*, de 20 de outubro de 1939, núm.44.

⁶⁶⁴ João XXIII, *Mater et magistra*, 15 de maio de 1961, números 60 a 65.

pertencerem a esferas mais íntimas da pessoa humana, são de indubitosa importância e não carecem de perigos.

Como exemplo dessas mudanças que não alterariam o conceito de *bem comum*, João XXIII refere os cuidados para com a saúde, com a instrução e com a educação das novas gerações, com a orientação profissional, com os métodos para a reeducação e readaptação dos sujeitos com deficiências físicas e mentais. E, se é verdade que esses elementos contingentes melhorariam o *bem comum*, não deixa o Pontífice, ao mesmo tempo, de criticar como tem aumentado, de forma significativa, as regulações jurídicas das relações humanas; e observa, ainda, que o destacado incremento das normas jurídicas, que regulam novas áreas da conduta humana, traz como consequência uma diminuição significativa da capacidade das pessoas de pensar autonomamente.

Defende, assim, que, da mesma forma que o *bem comum* não pode mudar em sua substância, a Doutrina Social da Igreja é permanente, vez que tal doutrina ilumina com uma luz os problemas sempre novos que vão surgindo. Isso salvaguarda tanto o caráter permanente como histórico que esse “patrimônio doutrinal” que, com suas características específicas, forma parte da tradição sempre viva da Igreja. Ela está, conforme Ignacio Barreiro⁶⁶⁵, construída sob os fundamentos transmitidos pelos Apóstolos aos Padres da Igreja e são, assim, acolhidos e aprofundados pelos grandes doutrinadores cristãos.

João Paulo II, relativamente ao caráter imutável dos ensinamentos da Igreja, na encíclica *Veritas splendor*, faz uma importante afirmação, consistente em que “*a firmeza da Igreja em defender as normas morais universais e imutáveis nada tem de humilhante. Está só a serviço da verdadeira liberdade do homem. Dado que não existe liberdade ou contra a verdade, a defesa categoria - isto é, sem concessões ou compromissos -, das exigências absolutamente irrenunciáveis da dignidade pessoal do homem, deve considerar-se caminho e condição para a existência mesma da liberdade*”⁶⁶⁶. Daí Ignacio Barreiro retira uma invulgar importância do princípio lógico tradicional de que não há liberdade fora ou contra a verdade.

Em sua análise, Ignacio Barreiro formula uma indagação: o *bem comum* faz parte da defesa dos autênticos direitos humanos?

Para responder a sua indagação, uma vez mais o autor recorre à lição de João XXIII, em sua encíclica *Pacem in terris*, citando o Papa Pio XII, lembrando que um

⁶⁶⁵ Op.cit., p.39.

⁶⁶⁶ João Paulo II, *Veritas splendor*, 6 de agosto de 1993, núm.96.

componente fundamental do *bem comum* é exatamente a tutela dos direitos humanos. Como consequência inarredável, ensina que *a principal missão dos homens de governo deva atender a duas coisas: de um lado, reconhecer, respeitar, harmonizar, tutelar e promover tais direitos e, de outro, facilitar a cada cidadão que cumpra os seus deveres.*

Na concepção do autor, nesta matéria, duas coisas são muito pertinentes para os tempos atuais: o conceito de *harmonização dos direitos humanos* e o *conceito de dever*. Conforme Ignacio Barreiro⁶⁶⁷, é muito importante que o exercício dos direitos sejam devidamente harmonizados, para que o gozo de certos direitos não se converta em meio de violação de outros direitos básicos.

Para o autor, o primeiro exemplo desta harmonização de direitos é a proteção da vida do bebê no ventre da sua mãe. O direito à vida do filho é, certamente, superior em absoluto ao direito à privacidade da mãe ou ao pseudodireito a eleger se continuará ou não com a gravidez.

Outro direito que se deve mencionar diz com o direito de liberdade de expressão, direito que deve ser harmonizado com o direito que têm todas as pessoas ao gozo de sua reputação. Vivemos um período em que se fala muito de direitos e se esquece convenientemente de uma referência aos deveres que também são inerentes às pessoas humanas.⁶⁶⁸

Mas, no entender de Ignacio Barreiro, o ponto de partida ainda é baseado num *jusnaturalismo* essencialmente *divino*, e seu ponto de partida são as considerações dos direitos de Deus⁶⁶⁹. Se os direitos do Criador e protetor providentes do homem não são respeitados, por certo, os autênticos direitos humanos tampouco o serão. Antes de falar em direitos, teremos, por conseguinte, aferir os nossos deveres com Deus. Devemos efetuar uma consideração plena do homem na totalidade de suas dimensões de sermos criados por ele e a ele destinados. Assim, temos que conceber o *bem comum* como uma realidade objetiva, que se impõe, *externamente*, aos membros da sociedade como parte integrante de um direito do homem.

Esta objetividade do Direito Natural, consoante o autor, nos ajuda a constatar o problema contemporâneo de uma constante cunhagem de novos e falsos direitos baseados na mera subjetividade humana e em uma cultura decadente que estimula o

⁶⁶⁷ Op.cit., p.40

⁶⁶⁸ Veja-se que aqui o autor tem em mente deveres correlatos a direitos e não uma categoria de deveres autônomos que se impõe à pessoa humana em decorrência de sua condição.

⁶⁶⁹ Op.Cit., p.41.

reconhecimento jurídico pelo Direito Positivo de toda a classe de desejos, ainda que sejam totalmente absurdos e contrários à natureza humana.

Podemos, assim, considerar, na visão do autor, que a participação de cada ser humano no *bem comum* é um direito individual, algo que é devido ao homem justamente porque é homem, em virtude de sua imanente dignidade. Esse algo devido traz consigo, inseparavelmente, a possibilidade de sobreviver e de participar ativamente do *bem comum* da humanidade.

Ignacio Barreiro⁶⁷⁰ também coloca em destaque a contradição existente entre a ampla proclamação desses direitos e sua limitada aplicação, num flagrante contraste entre atribuições equitativas de direitos e o acesso desigual aos meios para alcançá-los.

Existe, no entender do autor, uma absoluta e total relação entre a defesa da vida inocente e o *bem comum*, afirmação para a qual Ignacio Barreiro se socorre de João Paulo II⁶⁷¹, quando explica que, “*trabalhar em favor da vida é contribuir com a renovação da sociedade mediante a edificação de um bem comum*”. Efetivamente, não é possível construir o *bem comum* sem reconhecer e tutelar o direito à vida, sobre o que se fundamentam e se desenvolvem todos os demais direitos inalienáveis do ser humano. Nem pode ter bases sólidas uma sociedade que - enquanto afirma valores como a dignidade da pessoa, da justiça e da paz - se contradiz radicalmente, aceitando ou tolerando as formas mais diversas de desvalorização, banalização e violações à vida humana, sobretudo, se é débil e marginalizada. É evidente que, se não se respeita, não se defende e não se promove a vida, não pode existir uma verdadeira paz que, enfim, a garantia para realização do *bem comum*.

O início da vida está no centro do verdadeiro desenvolvimento. Quando uma sociedade se encaminha para a negação e para a supressão da vida, acaba por não encontrar uma motivação e a energia necessária para se esforçar a serviço do verdadeiro bem do homem.

Se se perde a sensibilidade pessoal e social para albergar, receber ou acolher uma nova vida, também se murcham outras formas de acolhimento proveitoso para a vida social. Esse início da vida se deve entender em todos os sentidos. Em primeiro lugar, como uma total e absoluta proteção da vida inocente. Em segundo lugar, levando-se em conta a tragédia do inverno demográfico que sofrem os países do hemisfério norte, deve-se responder com grande generosidade na conservação da vida, eis que o autor

⁶⁷⁰ Op. cit., p.42.

⁶⁷¹ João Paulo II, *Centesimus annus*, 1º de maio de 1991, núm.34.

está firmemente convencido de que, na defesa da vida, como na promoção de tantos outros aspectos da doutrina moral e social católica, é um erro o ato de excluir uma defesa dos aspectos explicitamente católicos dessas doutrinas, pois devemos ser sanamente realistas de que a ninguém se pode negar ou ocultar a origem geneticamente católica dessas doutrinas.

Discorrendo sobre a liberdade religiosa, Ignacio Barreiro, uma vez mais, faz alusão ao Papa João Paulo II⁶⁷², em sua Encíclica *Centesimus annus*, onde o Pontífice a identifica como “o direito de a Igreja a pregar o Evangelio e o direito dos homens que escutem tal pregação de acolhê-la e converter-se a Cristo”. E logo complementa, dando ênfase à sua mensagem, no sentido de que não é possível nenhum progresso autêntico sem o respeito ao Direito Natural e originário a conhecer a verdade e a viver segundo ela mesma. A esse direito vai unido, para seu exercício e aprofundamento, o direito de descobrir e acolher livremente Jesus Cristo, que é o verdadeiro bem do homem. Este direito de a Igreja, como Instituição e, podemos dizer, também de cada católico de, em conformidade com o mandamento que encontramos ao final dos Evangelhos, é parte integrante do *bem comum*, que precisa ser garantido pela sociedade política. Estando de acordo com essa ideia, Perez Argos⁶⁷³ vai explicar que a liberdade religiosa deve ser entendida como uma liberdade de coação externa. Não podemos entendê-la como uma forma de consagração do indiferentismo, tempo que, por múltiplas razões de prudência, pode ser necessário que se deva exercer a tolerância.

De tudo, Ignacio Barreiro é assente e favorável, com fundamento na Doutrina Social da Igreja⁶⁷⁴, a uma cautelosa e prudente expansão das funções do Estado na busca de uma melhor defesa do *bem comum*, por entender, na esteira do preconizado por Leão XIII⁶⁷⁵, não ser justo que nem o indivíduo nem a família sejam absorvidos pelo Estado. Ao contrário, *o justo é deixar a cada um a faculdade de agir com liberdade até onde seja possível, sem dano ao bem comum e sem injúria de ninguém*.

Assim, reconhece que, se o exercício da liberdade produziu ou ameaçou de algum modo o *bem comum* ou os interesses de cada uma das classes que não podem atuar de outro modo, necessariamente, deverá enfrentá-lo poder público. Levando-se, contudo, em conta, a experiência histórica do crescimento descontrolado e, aparentemente,

⁶⁷² João Paulo II, *Centesimus annus*, núm. 29.

⁶⁷³ PÉREZ ARGOS, Baltasar S.J. *Libertad Religiosa; Ruptura o Continuidad*. Verbo. Núm. 229-230, 1984, p.1166.

⁶⁷⁴ Leão XIII. *Rerum novarum*, num.26.

⁶⁷⁵ Leão XIII. *Rerum novarum*, num.26.

incontrolável, dos poderes do Estado, diz o autor que este princípio deve ser interpretado da forma mais restrita possível⁶⁷⁶. Nisso reside a ideia de Pio XI⁶⁷⁷, citando lição de Leão XIII⁶⁷⁸ de que o Estado não deve se limitar em ser um mero guardião do Direito e da ordem reta, mas, ao contrário, deve lutar com todas as suas energias para que, com toda a força das leis e das instituições, é dizer, fazendo com que, da ordenação e da administração mesma do Estado, brote espontaneamente a prosperidade, tanto para a sociedade como para os indivíduos.

O autor, tendo em conta a situação sociopolítica da Europa na década de 30, julga que essa era uma política prudencialmente acertada, ao pugnar por uma maior intervenção do Estado na vida econômica, mas não considera que aquele fosse um modelo que necessariamente deveria se aplicar. Um crescimento constante da seguridade social não pode ser considerado como algo que constitua parte permanente da Doutrina Social da Igreja.

Entretanto, ainda se pode sustentar que as realidades da segunda década do Século XXI levam, necessariamente, a uma retração dos pressupostos de seguridade social por razões demográficas e de excessivo aumento da pressão fiscal. Ao mesmo tempo, levando-se em conta o atual inverno democrático, podemos afirmar que faz parte do *bem comum* das sociedades de nosso tempo que a sociedade política conceda uma assistência econômica significativa às famílias numerosas.

Ignacio Barreiro aponta que o Papa Pio XI estimulou uma maior intervenção social de governos, porém, e ao mesmo tempo, introduziu uma nota de cautela contra o espírito socialista, sublinhando que a solução de todos os problemas não pode vir da intervenção do Estado. Por isso propõe, em primeiro lugar, *a aplicação do princípio da subsidiariedade*, para contrabalançar o indevido crescimento e inchaço do Estado ao mesmo tempo em que almeja incitar a responsabilidade devida pela ordem hierárquica entre as diversas associações.

Temos aí uma constatação - e não uma aprovação - desse crescimento ou agigantamento das funções do Estado, por defender que é discutível se o *bem comum* exija mesmo um aumento progressivo das assim chamadas funções secundárias do Estado e que, também nessa matéria, deve-se observar integralmente o princípio da função subsidiária, segundo o qual a ampliação da propriedade do Estado e das demais Instituições somente são lícitas quando lhe exigem uma manifesta e objetiva

⁶⁷⁶ Op.cit., p.45.

⁶⁷⁷ Pio XI. *Quadragesimo annus*, n. 25, onde o Pontífice cita a encíclica *Rerum novarum*, n. 26.

⁶⁷⁸ Leão XIII. *Rerum novarum*, num.26.

necessidade do *bem comum* e se exclui o perigo de que a propriedade privada se reduza em excesso, ou algo ainda pior, que ela seja completamente suprimida.

O autor também analisa a possibilidade de atuação do *bem comum* na democracia contemporânea, destacando que a Igreja, desde que tem sido com ela confrontada, tem mantido uma sábia distância relativamente a essa forma de governo, justo para assegurar o devido exercício do *bem comum*. Observa que Leão XIII⁶⁷⁹ demarcou uma certa abertura em direção à democracia, porém, não se pode esquecer que ele também havia ensinado que, “*no âmbito político e civil, as leis têm como objeto o bem comum e são conformadas não segundo a vontade e o juízo falaz da multidão, mas pela verdade e pela justiça*”.

De seu turno, João Paulo II ofereceu diversos critérios para assegurar a saúde de uma comunidade política, que se expressa mediante a livre participação e responsabilidade de todos os cidadãos na gestão pública, na segurança do direito, no respeito e na promoção dos direitos humanos⁶⁸⁰. Tais critérios, segundo Ignacio Barreiro, não implicam uma legitimação da democracia contemporânea, porque são apenas uma forma de apoiar o que Pio XII chamaria de “democracia sã”, que também poderia se chamar de “democracia clássica”.

De qualquer modo, posteriormente, o próprio Papa João Paulo II emitiu juízos muito severos sobre a democracia contemporânea, dizendo que, nos dias de hoje, tende-se a afirmar que o agnosticismo e o relativismo asséptico são a filosofia e a atitude fundamentais correspondentes às formas políticas democráticas; que muitos que estão convencidos de saberem a verdade se vincularam com firmeza a essas verdades que não são confiáveis do ponto de vista democrático, ao não aceitarem que a verdade seja determinada pela maioria ou que sejam variáveis segundo os diversos equilíbrios políticos.

A este propósito, enfatiza, o Pontífice em tela sustentou que, “*se não existe uma verdade última, a qual guie e oriente a ação política, então, as ideias e as convenções humanas podem ser instrumentalizadas para fins de poder. Uma democracia sem valores se converte facilmente em um totalitarismo visível ou encoberto como demonstra a história*”.⁶⁸¹

⁶⁷⁹ Leão XIII, *Immortale dei*, de 1 de novembro de 1885.

⁶⁸⁰ João Paulo II, *Sollicitudo rei socialis*, 30 de dezembro de 1987, núm.44.

⁶⁸¹ João Paulo II, *Centesimus annus*, núm.46.

Observa, Ignacio Barreiro, que, nesse contexto, João Paulo II também fala com precisão da crise dos sistemas democráticos que, às vezes, parecem ter perdido sua capacidade de decidir segundo o *bem comum*. As questões que se colocam na sociedade amiúde não são examinadas segundo critério de justiça e moralidade, senão mais de acordo com a força eleitoral ou financeira de grupos que os sustentam, ou ainda - e isso é por nossa conta -, do recorrente uso desse princípio fundante da Ciência Política, para, travestido de “interesse público”, camuflar apenas interesses ideológicos de determinados grupos, ou mesmo interesse privado de uns e outros.

João Paulo II, em sua análise, aponta que semelhantes desvios da atividade política, com o tempo, produzem desconfiança, descrédito e apatia nos membros da sociedade, o que acarreta uma diminuição da participação e redução do espírito cívico da população. Daí compreender uma crescente incapacidade para enquadrar os interesses particulares em uma visão coerente de *bem comum que, de efeito, não é a simples soma dos interesses particulares, mas implica sua valorização e harmonização, feita segundo uma equilibrada hierarquia de valores e, em última instância, segundo uma exata compreensão da dignidade e dos direitos da pessoa.*⁶⁸²

Nesses textos que examinou, destaca Ignacio Barreiro, que compreende delineada uma autêntica democracia, aquela que se harmoniza com a ideia de *Democracia sã*, uma compreensão democrática que rechaça e condena a democracia moderna, ao mesmo tempo em que admite a democracia clássica, como o faz com toda a forma de governo.

O autor também enfrenta, sob a ótica da Filosofia Cristã e da Doutrina Social da Igreja, a questão da *defesa da propriedade privada, destacando-a como um elemento que integra o bem comum*. Afirma Ignacio Barreiro, que ela é um direito natural que, como a família, precede a sociedade politicamente organizada. Como um direito natural do homem, o Estado deve reconhecer a propriedade como um direito pré-existente, assim como protegê-lo.

Conforme o autor, um sistema social e econômico que tenha por base o Direito Natural deve ter por fundamento o direito à propriedade privada. E observa que o próprio Leão XIII⁶⁸³ coloca que “*El derecho de poseer bienes en privado no ha sido dado por la ley, sino por naturaleza, y, por tanto, la autoridad pública no puede abolirlo, sino solamente moderar su uso y compaginarlo con El bien común*”. Nesse caso, procederia de uma maneira injusta e desumana a autoridade pública que exigisse

⁶⁸² João Paulo II. *Centesimus annus*, núm.47.

⁶⁸³ Leão XIII. *Rerum novarum*, núm.33.

dos bens privados mais do que o justo sob o fundamento de tributos. Conforme esse entendimento, a autoridade pública pode estabelecer, examinada a verdadeira necessidade do *bem comum* e tendo sempre presente a lei, tanto natural como divina, o que é lícito e o que não é aos proprietários no uso de seus bens próprios.

Porém, enfatiza que, *no âmbito dos ensinamentos da Igreja, não existe um uso ilimitado do direito de propriedade*, porquanto seu uso e administração também devem estar subordinados ao *bem comum*. É nesse sentido que o Papa Pio XII vai dizer que a Igreja mira, sobretudo, lograr ou conseguir que a instituição da propriedade privada seja efetivamente tal qual deve ser conforme os desígnios e a sabedoria divina e conforme as disposições da natureza, é dizer, como um elemento da ordem social, *um pressuposto necessário das iniciativas humanas, um estímulo ao trabalho em benefício dos fins temporais e transcendentais da vida e, portanto, da liberdade e da dignidade do homem*, criado à imagem de Deus que, desde o princípio, lhe concedeu, para sua utilidade, um domínio sobre as coisas materiais. Sob este ponto de vista, em seus ensinamentos, o próprio Pontífice conclui pela necessidade de manter e assegurar a propriedade privada de todos e que essa é a pedra angular da ordem social.

Ignacio Barreiro propõe que tenhamos em conta que a afirmação sobre o destino universal dos bens contidos na encíclica *Gaudium et spe* havia sido mal interpretada, segundo uma forma coletivista. Entretanto, essa interpretação socialista dos ensinamentos da Igreja já havia sido denunciada por Pio XI ⁶⁸⁴, em sua encíclica *Quadragesimo anno*. Ela deve também ser lida em conjunto com o direito à iniciativa econômica que é um elemento importante do bem de toda a sociedade, conforme destacou João Paulo II na encíclica *Sollicitudi rei socialis*.

Finalmente, Ignacio Barreiro aborda a questão do *bem comum internacional*. Principia por destacar que, durante a Segunda Guerra Mundial, Pio XII ⁶⁸⁵ demonstrou *a afinidade existente entre as relações internacionais e a ordem interna*, dizendo que elas estão intimamente unidas, *porque o equilíbrio e a harmonia entre as nações dependem do equilíbrio interno e da maturidade interior de cada um dos Estados nos campos material, social e intelectual*.

Disso se deve entender que existe uma estreita relação do *bem comum nacional* com o *bem comum universal*, que é um *bem universal que afeta toda a família humana*, ao qual não se pode alcançar isoladamente do *bem comum internacional*, seguindo,

⁶⁸⁴ Pio XI. *Quadragesimo annus*, num.89.

⁶⁸⁵ Pio XII. *Mensaje de Navidad de 1942*, núm.4.

assim, a máxima já sustentada por João XXIII, em sua Encíclica “*Pacem in terris*”, de que nenhum país, separado dos outros, pode atender, como é devido em seu proveito, nem alcançar de maneira completa, o seu aperfeiçoamento.

Isso porque a prosperidade e o progresso de cada país é, em parte, efeito, e em parte, causa da prosperidade e do progresso dos demais povos, na perspectiva de que não existe uma autoridade geral, cujo poder possa alcançar vigência no mundo inteiro e possa, por meios idôneos, conduzir o *bem comum universal*. Portanto, o *bem comum internacional* há que se estabelecer com o consentimento de todas as nações, e não se impor pela força, consoante lição de João XXIII.⁶⁸⁶

Essa ideia foi reforçada por Bento XVI⁶⁸⁷, ao sustentar que, “*em uma sociedade em vias de globalização, o bem comum e o esforço por ele, haverá de abarcar, necessariamente, toda a família humana, é dizer, a comunidade dos povos e as nações, dando, assim, forma de unidade e de paz à cidade do homem, fazendo-o, em certa medida, uma antecipação que prefigura a cidade de deus sem barreiras*”.

Para o Pontífice, as consequências da globalização da sociedade internacional nada têm de novo; existe, nos dias de hoje, uma crescente ameaça à identidade cultural de muitas sociedades nacionais, sendo essa uma das razões que o levaram a se opor àqueles que pugnam pela abolição dos Estados nacionais.

E, na mesma linha de João XXIII, Bento XVI⁶⁸⁸ propõe que exista uma autoridade política mundial para governar a economia mundial, para sanar as economias afetadas por crises, para prevenir seu agravamento e maiores desequilíbrios, para alcançar um oportuno desarmamento integral, a seguridade alimentar e a paz, para garantir a salvaguarda do meio ambiente e regular os fluxos migratórios.

Também aqui aparece o critério da subsidiariedade, pois Bento XVI considera que essa autoridade mundial deverá estar regulada por direito e ater-se de maneira concreta aos princípios da solidariedade e da subsidiariedade, como estar ordenada à realização do *bem comum*. Ou seja, propõe a concretização da solidariedade de maneira supletiva, sem excluir a responsabilidade interna de cada Estado, tema importante ao qual retornaremos oportunamente, por ocasião de examinarmos se a solidariedade pode se afirmar como um *jus cogens* internacional.

Do proposto por Bento XVI, adverte Ignacio Barreiro, não se pode, contudo, inferir que o Pontífice está a postular que as Nações Unidas assumam o governo mundial, pois

⁶⁸⁶ João XXIII. *Pacem in terris*, núm.138.

⁶⁸⁷ Bento XVI. *Caritas in veritate*, núm.7.

⁶⁸⁸ Bento XVI. *Caritas in veritate*, núm.7.

está claro, a seu ver, que a referida Instituição não respeita o princípio da subsidiariedade tampouco se atém às demandas da lei natural.

Para o autor, ao revés, mostra-se evidente que não podemos confiar nas Nações Unidas como um foro idôneo para se converter naquela autoridade internacional sinalizada por Bento XVI, o que afirma Ignacio Barreiro, por muitas razões, dentre as quais a ideologia liberal que está em sua origem e que a continua guiando, tendo se convertido em um instrumento de tantas ideologias antinaturais. Além disso, e ao mesmo tempo, temos que considerar que, se efetuarmos uma análise histórica, a própria ideia de uma autoridade internacional é, em si mesma, defensável, enquanto pudesse se conectar com a ideia tradicional de um Império Cristão.

Ignacio Barreiro, em conclusão, intenta sublinhar que a ordem e a justiça são os componentes essenciais do *bem comum* e constituem os fins primários de sociedade política, embora não sejam suficientes para assegurar o *bem comum* de toda a sociedade. Uma sociedade que assegure aos seus membros somente a manutenção da ordem e da justiça faria uma coisa boa em si mesma, porém, insuficiente para que esses mesmos membros lograssem atingir sua própria perfeição, porque o *bem comum temporal* tem que, necessariamente, preparar a obtenção do bem eterno dos membros da sociedade.

Segundo o entendimento do autor, a maior expressão do *bem comum temporal* se dá na instauração do Reino Social de Cristo, pois a ordem, a tranquilidade e o bem estar material de uma sociedade só podem estar fundados na Lei de Cristo.

Como o estabelecimento do *bem comum* depende da Lei de Deus e da natureza humana, e como ambas não se alteram, o *bem comum* é permanente e, em sua substância, não está sujeito a mudanças, de acordo com os ensinamentos da Igreja.

Entretanto, conforme as mudanças externas de todas as sociedades humanas, concede que possamos nos deparar, historicamente, com mudanças acidentais do *bem comum* que, nem por isso, tem sua essência alterada.

O *bem comum* deve, a seu ver, estar *solidariamente fundado no Direito Divino e no Direito Natural*. Como consequência disso, sua instauração não se pode limitar à proteção da ordem devida e da justiça, senão que a sociedade, ao buscar o *bem comum temporal*, deverá empenhar-se em uma boa administração, com a devida prudência de todos os recursos da sociedade, em particular da educação, da saúde, da seguridade social, da economia, para garantir aos membros da sociedade os bens espirituais, culturais e materiais que lhes correspondem como pessoas criadas à imagem e à semelhança de Deus.

Essa construção teórica situa o fundamento último da solidariedade em Deus, segundo um *jusnaturalismo divino*. Nada se acha fundado na razão humana, mas no fato de que o homem incorpora a personificação de Deus na Terra. O *bem comum*, em última instância, depende da Lei de Deus, não cabendo ao ser humano nem definir o que é o bem, porque o bem é obedecer aos dogmas da Igreja, notadamente no que respeita aos imateriais (o bem comum transcendental).

Já no que pertine ao *bem comum* temporal, a doutrina acima afirma que a ordem e a justiça são os componentes essenciais do *bem comum* e constituem os fins primários de sociedade política. Sem prejuízo de reconhecer uma dimensão necessariamente social de cada ser humano, com fundamento, evidentemente, numa irmandade decorrente de uma mesma descendência divina, preconizando a responsabilidade de cada um na construção dos fins de uma sociedade política, colocou nas mãos do poder político decidir o seu conteúdo e a maneira como essa sociedade irá alcançar sua perfeição.

Esse debate efetivamente não é singelo. Muitos pensadores se dedicaram ao estudo do tema sobre o qual não há consenso. Martínez-Sicluna, por exemplo, nos chama à reflexão sobre as falsificações ideológicas do *bem comum*.

Martínez-Sicluna⁶⁸⁹ inicia sua abordagem em torno do *bem comum* tratando de desordem e ideologia. Reporta-se a Donoso Cortés⁶⁹⁰, que, a sua vez, dizia que “o pecado, a causa primitiva de toda a degradação, não foi outra coisa senão uma desordem”, partindo de um dano consistente na crença de uma hierarquia natural em que as coisas se encontravam relativamente a Deus e entre elas mesmas. Portanto, a seu ver, igualmente numa postura cristã, o pecado introduziu um desequilíbrio na preleção natural e na subordinação que existe entre as coisas e o mesmo homem, de acordo com uma ideia de ordem racional e lógica, presente no Universo. A racionalidade restou esmagada, como restou quebrado o perfeito equilíbrio em que todas as coisas foram postas. A desordem, a desunião, o desequilíbrio são os efeitos de uma causa: o pecado.

Assim, ainda se louvando em ensinamentos de Donoso Cortés, afirma o que poderemos apresentar como o mal dos últimos séculos: a introdução da desordem, do desequilíbrio, em todos os âmbitos da vida humana, de modo que o homem permanece ancorado em uma busca ignorante relativamente à distinção entre o *bem* e o *mal*,

⁶⁸⁹ MARTÍNEZ-SICLUNA, Consulelo, in *¿Las Falsificaciones Ideológicas del Bien Común*. AYUSO, Miguel. *El Bien Comum: Questiones Actuales e Implicaciones Político-Jurídicas*. Madrid: Fundación Elias de Tejada. Madrid, 2013, pp. 55 e s.

⁶⁹⁰ CORTÉS, Donoso, in *Ensayo sobre El catolicismo, El liberalismo e El socialismo*. Editora Nacional: Madrid, 1978, p.185.

defendendo, ao mesmo tempo, sua posição pessoal. A enfermidade de nosso século é a ignorância e a debilidade de uma vontade que perdeu sua íntima conexão com Deus. Daí que o abandono da fé vem andando parêlho com o abandono das verdades no mundo.

Mas, se esta é a enfermidade, diz o autor, o sintoma por meio do qual podemos percebê-la é a desordem moral, uma desordem que é também física, que podemos, inclusive, constatar externamente, que se apalpa nessa degeneração das relações sociais, na falsificação das instituições naturais, como a família - onde o legislador haveria de incluir aqueles tipos de vínculos dos quais a degeneração não pode surgir - na previsão do mais natural que é a vida humana, desde a concepção até a morte, onde não há, em nossa existência, quem, não conseguido permanecer a salvo das ingerências de ideologias cujo credo consiste na destruição da ordem, por haver colocado em um altar sacrílego, primeiramente, o ceticismo - essa almofada da dúvida na qual Montaigne repousa sua cabeça - e, depois, o relativismo e, finalmente, o niilismo (aquele ponto de vista que considera que as crenças e os valores da tradição são infundados e que não há qualquer sentido ou utilidade na existência), posto que é feito de um nada no objetivo final de sua especulação.

E, em favor desse objetivo final, tem sacrificado as grandes palavras e as grandes questões, pensando, ademais, que as perquirições políticas e sociais podem ser dissociadas do grande mistério, que é a questão religiosa, o fato religioso.

Com esse objetivo, acreditam ser possível separar a compreensão da vida social e política dentro da comunidade, em relação à existência de uma ordem natural, que é a ordem da criação, ordem racional e lógica. *Uma sociedade como a atual, diz o autor, cujo entendimento não é capaz de distinguir o bem que se deve fazer do mal que se deve evitar*, ou que gradua os fins da política segundo uma atuação na lógica “*dos males, o menor*”, que segue sendo um mal, porque, com os princípios não cabem arranjos; cuida-se de uma sociedade que está corrompida e que pretende, ademais, a corrupção daqueles últimos redutos dentro dos quais é factível, todavia, conservar um resquício aberto para o sacrário, o sagrado, ou tabernáculo de liberdade para a consciência.

Em troca de sacrificar a finalidade transcendente da vida humana, acreditando ser possível separar a compreensão da vida social e política dentro da comunidade, em relação à existência de uma ordem natural, o que oferecem ao homem é uma possibilidade de que a suposta vontade do povo, manifestada em uma difusa opinião pública, decida sobre aquilo que cada um nós deve realizar, mesmo na contramão do

sagrado imperativo de Antígona. Em troca do sacrifício da consciência, a opinião pública, essa massa informe que exerce uma pressão social e exige a cabeça dos bispos díscolos, recordando, quiçá, outros tempos felizes, quando se podia decidir sobre a vida e sobre a morte dos mesmos, quebrando ou infringindo uma ideia de harmonia social, de uma graduação de bens em função do *bem comum*.

De uma análise do *bem comum* sob o enfoque da ideologia, Martínez-Sicluna⁶⁹¹ observa que de “bem comum”, passamos à “utilidade”, “ao interesse” e à “moral social”, que nada mais é senão do que uma espécie de *totalitarismo niilista*, que se impõe sobre as individualidades e que, em troca de fins puramente quantitativos - aquilo que decide a maioria ou aquilo que a maioria admite, quase levada pela lei da gravidade -, em sacrifício de fins qualitativos. Em tais concepções, o homem tem deixado de ser, segundo o autor, um valor absoluto.

E o homem é absoluto, destaca Martínez-Sicluna⁶⁹², porque tem valores absolutos; porque a mesma dimensão humana não se esgota em uma concatenação de meros fatos físicos para ser uma realidade mensurável, quantificável em termos econômicos, ou um puro marco de uma estatística para qual o sujeito é apenas um instrumento, cuja utilidade lhe determina a ideologia imperante, não só jurídica como também social.

Hoje, assinala o autor, que o sacrifício de Abel constitui um mal conhecido e até autorizado em uma sociedade que tem feito do “cainismo” a bandeira de suas relações sociais, porque a inveja, o ressentimento, o não querer reconhecer o mérito dos demais, o igualitarismo exacerbado, que não dá a cada um o seu, porque tem feito tábua rasa dos deveres e das obrigações, implicam essa desordem moral, que é, para o autor, também, a causa da desordem política e social, donde o paradoxo deste modelo de Estado total é que, controlando tudo, não pode por freio nem limites às paixões que se movem livremente, depois de haver destruído aquele lugar de onde até o Direito Romano se detinha e era incapaz de ultrapassar o seu umbral: o lar.

Esta é a caracterização profundamente negativa que faz o autor acerca de nossa sociedade, que se acha num processo de degeneração cada vez mais profundo, ao ser uma comunidade que tem deixado o *bem comum* para fora de suas fronteiras, na ordem de substituí-lo pela “utilidade”, mais ainda, pelo “cálculo” do *útil* ou do *conveniente* nos necessários conflitos que se apresentam na vivência social, o que impele Martínez-

⁶⁹¹ MARTÍNEZ-SICLUNA, Consuelo, in *¿Las Falsificaciones Ideológicas del Bien Común*. AYUSO, Miguel. *El Bien Comum: Questiones Actuales e Implicaciones Político-Jurídicas*. Madrid: Fundación Elías de Tejada. Madrid, 2013, p.57.

⁶⁹² Op.cit., p.58.

Sicluna, a imprescindibilidade de atentar para a intensidade da intromissão da ideologia no âmbito da comunidade política, pretendendo abrir um leque de fins para referida comunidade, quando, em realidade, só lhe oferece uma visão tendenciosa, distorcida, enviesada e, ao mesmo tempo, unidirecional da sociedade.

Aludindo aos ensinamentos de Rafael Gamba, Martínez-Sicluna observa que vivemos em uma sociedade *pluralista e laica*, equivale a dizer, em uma sociedade que tem feito do pluralismo e do laicismo seus protótipos de vida social, num trabalho de reconstrução ideológica pelo qual a sociedade se apresenta mais como um ato de vontade do que como resultado da natureza social do indivíduo.

Nesse modelo (de ato voluntarista), afirma o autor⁶⁹³, não há nem hierarquia nem ordem; apenas um mosaico de utilidades e conveniências que precisamente abre esse universo de pluralidades, sem o Estado, pelo menos até certo momento, aquele que determina até que limite é possível admitir o confronto entre os plurais.

Entretanto, a partir de determinado momento da História, o Estado se viu incapaz de manejar as rédeas frente aos elementos que buscam a sua própria anulação, almejando novas expressões das pluralidades que exigem, para serem concebidas, a superação do marco estadista.

Assim, *a dissociação entre o público e o privado*, que não era consentida sob a noção clássica de *bem comum*, porque a ordem não era somente jurídico-positiva, mas, também, natural, essencial, igualmente conduziu a uma multiplicidade de vertentes, de opiniões, de critérios perfeitamente relativos, por mais contrários à razão que fossem, fazendo inviável a própria existência do Estado total, que nada mais é do que aquele Estado que tem feito do *niilismo* sua pedra angular, até que se viu devorado pelos seus próprios filhos.

Martínez-Sicluna, então, adverte, que, se o *bem público* pode ser entendido como a simples conservação e a existência do Estado - o Estado, que submete a critérios de decisão quantitativos as crenças e os princípios do homem - hoje em dia, a quebra da ideologia, enquanto pertencente à construção racional de uma realidade social, racionalidade que nunca teve - que tem governado e ditado os parâmetros da política europeia e ocidental desde o final da Segunda Guerra Mundial -, mostra, verdadeiramente, que o *bem comum terminou por constituir, antes, a conservação do próprio Estado*, na configuração da desordem em todos os níveis e em todos os grupos

⁶⁹³ Op.cit., p.59.

sociais, de maneira que o caos de valores, de princípios, de fins e de meios, seja também um valor em si mesmo que o Estado objetiva preservar.

O que há de intrinsecamente mais perverso nessa ideologia pluralista, em suas diversas pretensões seja o utilitarismo, o contratualismo, o *personalismo*, o comunitarismo ou a deliberação como arquétipo da democracia, na ótica do autor, é a deformação da realidade que é consubstancial a ela, deformação que não respeita a condição humana e que tem feito com que os poderes públicos já não possam mais sentir o peso da responsabilidade que acarreta tratar de organizar o bem comum como uma finalidade diversa da simples existência desse “Leviatã” que trabalha por impulsos e decisões.

Assim, o corpo artificial em que se tem convertido uma sociedade que tem feito do transtorno da ordem reta das coisas sua premissa e sua bandeirola de engate, *não permite um conceito do bem comum, tampouco permite que um sujeito qualquer, pouco de acordo com a mensagem enviada desde as altas instâncias do poder político, pretenda alcançar sua perfeição pessoal.*

Sim, pois, nesse cenário, tudo aquilo que dá à vida o seu valor tem sido, a seu ver, destruído, destruído e pisoteado em nome do *bem comum*, em troca do predomínio de alguns interesses que representam uma visão uniforme e monocrática, *querendo nos fazer crer que a pessoa não é consciente de suas responsabilidades e de suas próprias crenças. A massa é entendida como simples instrumento desse Estado que tem feito do Direito uma simples construção geométrica, esquecendo-se da justiça, esquecendo-se que a lei é uma ordenação ao bem comum;* essa massa é um veículo necessário para fazer com que o indivíduo se esqueça de sua própria capacidade de decisão e possa anular a gravidade de seus atos dentro da uniformidade que da sociedade deseja e busca a máquina estatal.

A justaposição dos interesses e das utilidades, sustenta Martínez-Sicluna⁶⁹⁴, que não segue nenhuma hierarquia e que tem feito do interesse do momento o núcleo que fundamenta sua configuração, pode-se dizer que se converteu em uma nota distintiva do último contorno que se tem dado às ideologias para manterem-se incólumes frente ao juízo e frente à história. Os diversos “ismos”, em sua evolução final, não podiam mais que dar como resultado a ausência de unidade interior dentro da sociedade, os indivíduos divididos, como consequência da difusão da causa primeira da qual se despojaram todas as demais interpretações fragmentadas da realidade humana, que nos

⁶⁹⁴ Op.cit., pp.60-61

tem conduzido a um *materialismo* que se sente em todas as instâncias da sociedade, é dizer, em todos os estratos da vida social.

Entre todos esses interesses contrapostos e diversos, enfatiza Martínez-Sicluna⁶⁹⁵, o interesse por autonomasia - entendida como retórica ou ato de substituir o nome de um objeto por outro nome - parece consistir na perpetuação de um sistema jurídico que, sendo contrário a uma acepção de uma ordem natural como condição de sua própria existência, exige a desconstrução, em cada um de nós, de uma área de liberdade que pode resultar dissonante com uma ordem imposta.

É nesse contexto que o autor vai *criticar o positivismo jurídico*. Conforme Martínez-Sicluna⁶⁹⁶, a ordem jurídica positiva é o resultado do jogo da deliberação, da participação, de modo que *o fato de participar da construção desse modelo de sociedade já equivale a ser um meio útil ao próprio sistema*, e equivale, não há como esquecê-lo, *a abrir mão da perfeição pessoal*, que é o *ponto de encontro do bem comum*, para se converter, pelo contrário, em uma engrenagem necessária que mantém a virtualidade da ideologia *niilista* imperante.

O autor adverte que esta última eclosão de ideologias tem incidido claramente na visão enviesada, distorcida e parcial da existência humana, *como se fosse possível sustentar o privado à ingerência de valores que se difundem e se impõe desde o público*. Por ele se pode muito bem sustentar que, se o Estado é a expressão correta da vontade geral, devemos obediência ao Estado, porquanto, assim, estaremos realizando nossa própria vontade. E se um indivíduo, como lógico é concluir, não sabe o que realmente deseja porque não quer o mesmo que os demais, o Estado está, mesmo assim justificado para obrigá-lo e submetê-lo à vontade da maioria.

E salienta que o cenário e as consequências do que acabara de apontar, por mais aterradoras que nos pareçam, são próprias de um sistema que vem nos desapropriando de tudo aquilo que, por si mesmo, sem razão de utilidade ou conveniência, era valioso. Lembrando Aristóteles⁶⁹⁷, destaca que o Filósofo dizia que a comunidade política teria por objetivo as boas ações e não somente a vida em comum. Nessa perspectiva, ao menos, era a bondade de uma ação e não só a convivência em si o que se apresentava, ao fim e ao cabo, como uma espécie de imperativo ao qual não só se submetia o homem, quanto o que se poderia esperar da sociedade, senão sua mesma perfeição pessoal. Dessa maneira, o último recurso daquelas visões ideológicas que

⁶⁹⁵ Op.cit., p.61.

⁶⁹⁶ Op.cit., p.61.

⁶⁹⁷ In *A Política*, Livro III, cap.IX, 1281 a.

transformaram o conceito de *bem comum* vem a consistir em algo mais que a nivelção igualitária dos desejos, das apetências: *nem tudo que busca o homem que convive dentro da comunidade pode ser igualmente admitido*. Os desejos e as apetências dos outros impõe um modelo de convivência que exclui o desenvolvimento da pessoa em atenção a fins que ficam excluídos em virtude de cálculo numérico das utilidades.

Assim, no dizer do autor, a clara convicção ciceroniana de que o Direito se funda na natureza e não no arbítrio foi modificada: o Direito não deixa de ser um produto do arbítrio, submetido às correntes puramente voluntaristas que lhe transmite o poder. Dessa forma, o *bem comum* se impõe como o peso de uma carga que é a chave de um sistema forjado com critérios quantitativos de utilidade. A máxima utilidade, numa espécie de resgate à teoria de Jeremy Bentham, a máxima conveniência, consiste na manutenção de um sistema que, *em sua pretensa neutralidade, estabelece que interesses haverão de ser levados em consideração*.

A natureza pode ser uma nova chave interpretativa, como, também, a mesma racionalidade do homem, racionalidade em virtude da qual cabe identificar o honesto com a virtude e o torpe com o vício. Já não vale, nesse mecanismo que se fecha em si, considerar como igualmente válidas as opiniões de cada um porque, enfatiza o autor, não são todas igualmente úteis para essa convivência, esse comum forjado com o respaldo da razão, que introduziu a desordem moral e jurídica como fator essencial do próprio sistema.

Martínez-Sicluna⁶⁹⁸ comunga da ideia de que obscurecer a inteligência parece ter sido a ideia fundamental da Modernidade, que funda um novo marco social e uma nova ordem jurídica, onde, evidentemente, se quebraram todas as cadeias ou ideias que ligavam o homem a um mundo anterior (transcendente), que estava longe de ser uma servidão, mas que constituiu, sem embargo, um marco educado de onde se expressava a ordem das coisas.

Essas cadeias foram o que permitiu a Tomas Morus - a que já nos referimos em mais de uma oportunidade - elevar-se sobre o arbítrio e encontrar a ordem natural das coisas, da qual toma parte inseparável a aspiração à perfeição pessoal, aquela que o próprio ser humano elegeu (*fora do contexto do ideal de perfeição ditada por uma vontade externa, pública ou privada*), com força suficiente para perder o temor da morte, pois, para ele, há um temor mais honroso, que nem sequer é dado a todos: o medo a perder, por pecado mortal, a vida de sua própria alma.

⁶⁹⁸ Op.cit., p.63.

Assevera que a ideologia presente nas últimas derivações de uma teoria do poder que surge da Modernidade intenta convencer-nos de que o *bem comum* se lastreia na aparente neutralidade de um sistema que decide pela quantificação numérica dos interesses, *e por meio de um procedimento que é a chave do ordenamento jurídico positivo*.

Em realidade, o que Martínez-Sicluna defende é que não é nada disso o real objetivo da referida ideologia, pois o poder, em suas dimensões atuais, determina desde cima qual é o interesse que há de ser juridicamente satisfeito, e assim, também, desde a cúpula, que classe da sociedade estamos falando, que classe de pessoas queremos configurar e a quem se reconhece tal condição.

Por isso, segue sustentando, Martínez-Sicluna, sob sua abordagem ideológica, o aborto é uma mera questão de procedimento, de prazos e de indicações, porquanto o modelo de convivência desenhado, que não atende ao bem, decidiu previamente não questionar o que poderia pôr em perigo se questionasse o marco social imposto juridicamente (no Brasil, o nascimento com vida). A concepção do que é *bem comum* não permite a condição prévia do bem. Por isso, longe de ser natural, terminou por anular os bens singulares que são partes do todo social.

Não há nada de útil, afirma, Martínez-Sicluna⁶⁹⁹, em haver *convertido o homem em um instrumento necessário para o sistema*, especialmente porque o verdadeiro propósito não é favorecer em prol de um defendido pluralismo, a convivência entre os homens, mas determinar que o nosso viver fique sujeito aos fins que o próprio poder criou.

Sim, pois o pluralismo não cria em uma ordem, até porque, a seu juízo, previamente destruiu a ordem racional e lógica das coisas e nas coisas. Cria, em todo caso, um procedimento *que se baseia no arbítrio e no jogo da vontade geral do poder*, e observa que aqueles que, supostamente, para dar expressão às individualidades, pensaram que a soma dos interesses individuais era o significado da *justiça* e do Direito terminarão poder ser, finalmente, de um sistema absolutamente totalitário, *onde não há interesse que não venha concretizado a partir do poder, como não há bem que possa se subtrair da concepção procedimental*.

A ideologia, absoluta e conclusiva, em relação às anteriores, *não permite a manifestação das individuais, porque o que faz é alcançar a uniformidade, esse caráter monocrático sob o qual se dissolvem as aspirações pessoais*, pelo menos aquelas que revestem uma condição problemática para uma maioria submissa. *Parece-nos dizer - e*

⁶⁹⁹ Op.cit., p.64.

essa é a representação em definitivo da Modernidade -, que o homem é incapaz de entender o mundo e de fazer-lhe uma leitura segundo sua razão na natureza. É por ele que a busca do bem comum não pode ser levada a cabo nesse quadro social que exige previamente a homogeneidade de nossas decisões que se tem forjado sob uma desordem moral e física, que violam todas as leis da natureza, ao fundamento motriz da vontade geral da qual a lei emana no criticado sistema procedimental. Daí por que não é mais possível definir o que é *bem comum*.

Porém, ressalva o autor, não devemos nos esquecer de que o sistema criticado, ao mesmo tempo, precisa do concurso de todos, é dizer, que todos os participantes sejam esse número necessário para que a ideologia prossiga seu caminho.

Anuladas que foram todas as instituições intermediárias entre o indivíduo e o Estado, e obscurecida a inteligência, ficaram eles frente a frente. Isso que poderia supor um peso para o Estado é, sem embargo, o tributo que o indivíduo conscientemente paga por ser o resultado de uma construção plenamente lógica e fragmentada de comunidade política. O Estado se apresenta como princípio. Assim, não pode ficar condicionado por princípios que são alheios a sua existência.

Bem de ver, *o Estado ideológico, para poder existir, prescinde de toda ordem metafísica*, limitando-se a oferecer uma nova construção da realidade de onde o mecanismo é, em uma de suas vertentes mais singulares: tudo acontece porque não pode deixar de fazê-lo. Cada fuga do sistema para frente, nesta reengenharia social de que tanto se falou, passa a ser irrefutável.

Até aqui, nada teríamos a acrescentar à fenomenal e fundamentada crítica de Martínez-Sicluna (salvo alguns contrapontos que faremos ao final de nossa exposição neste tópico); antes, podemos adensá-la, dizendo que, na contemporaneidade, semelhante ideologização se verifica no trato da dignidade da pessoa humana, que vem sendo utilizado como um remédio genérico para justificar uma atuação política sob um suposto *bem comum* que distorce o próprio conteúdo da dignidade da pessoa humana, no intento de realização efetiva de bens privados, ainda estruturados no dogma do Positivo Jurídico e de uma vontade geral procedimental falaciosa e demagógica, que já não se ocupa verdadeiramente da convivência dos homens e com o seu bem estar físico e espiritual.

E, segundo o autor, não há caminho de volta. Não cabe retornar a uma ordem racional, porque o sistema encarna uma construção falsa da realidade como concepção puramente ideológica, que exige manter as diversas falácias sobre as quais se assenta, e

entre elas considerar que todos os particulares formam parte do Estado e são peças necessárias para justificar-se como “expressão da vontade geral”.⁷⁰⁰

Aliás, o autor assegura que o Estado é, ele mesmo, um instrumento a serviço destas diversas falsificações que têm vindo a coincidir com os diversos “ismos” de todas as classes. Finalmente, o *humanismo*, o *utilitarismo*, o *mecanicismo*, para falar, no dizer do autor, dos mais variados adjetivos com os quais se têm adornado o fim da democracia⁷⁰¹, seja na sua formatação segundo o liberalismo ou segundo o socialismo, tendem a expressar um mundo irreal, onde não há barreiras nem limites frente ao Estado, apresente-se ele sob o viés que for.

A deformação ideológica da noção clássica de “bem comum” por meio de conceitos que em nada correspondem à carga ética que a própria ideia deveria carregar, não pode representar mais que a anulação da comunidade política, que, pela deformação, situa o homem indefeso e desarmado frente ao poder ideológico, um poder mais amplo que o do próprio do Estado nacional.

A impossibilidade de distinguir entre o *bem* e o *mal*, primeiramente como produto de um relativismo que foi, a razão de ser das diversas escolas doutrinárias, tem dado lugar, no curso do tempo, a interpretar que tais conceitos procedem do próprio Estado ou da ideologia em que este se sustenta. Assim, *se o bem comum era o princípio primeiro que articulava a vida social em relação aos demais bens próprios da natureza humana, disso cabe deduzir que uma vida social que não contribui para que o homem alcance nela mesma (vida social) sua correspondente formação moral e se limite a ser um veículo para a subsistência dos sujeitos, constitui uma classe de sociedade radicalmente injusta e contrária à própria essência humana.*

Todas essas formas políticas que tiveram ao longo da história diversas caracterizações, enfatiza Martínez-Sicluna⁷⁰², têm resultado coincidentes em suas asserções últimas, que nenhuma de tais formas pode ser alternativa da outra, porque, em realidade, correspondem a premissas comuns e a um fundamento unitário, que é o de situar-se à margem da ordem natural.

Por isso, uma vez situado fora desse marco, faz-se necessário, para essa ideologia comum da qual se nutrem todas as formas políticas desviadas, a dissolução das diversas sociedades nas quais o homem naturalmente se integrava, porque os vínculos já não

⁷⁰⁰ Op.cit., p.65.

⁷⁰¹ Op.cit., p.66.

⁷⁰² Op.cit., p.66.

vêm determinados pelos fins próprios e característicos dessas mesmas sociedades, desde a família até as instituições intermediárias.

Logicamente, expõe o autor, é possível reinterpretar ditas sociedades - por exemplo, a família -, segundo outras perspectivas, toda vez que já não têm um fim próprio, onde os membros que a integram deveriam poder alcançar dentro dela mesma o seu desenvolvimento pessoal, isto é, moral. Entretanto, Martínez-Sicluna⁷⁰³ refere que este trabalho de reconstrução social, para o qual já não serve o conceito de comunidade política, chegou a consequências não previstas inicialmente e a uma construção da História em que os vínculos com o passado se romperam.

Do *individualismo utilitarista* temos desaguado no *nilismo* que, partindo de um fundamento *antiteológico*, que outro não é senão o de uma *sociedade laica*, exige que o homem não tenha, sequer como pretensão pessoal, a conquista da perfeição.

E não se trata, como articula o autor, de, em suma, interpretar que o referido fim é subjetivo, como outros problemas que o individualismo possa apresentar, senão que considerar que essa finalidade, de alcançar o bem, é profundamente contraditória com o quadro de relações sociais que o Estado total estabeleceu. Rompida a solidez que implicava a existência da ordem situada fora de Deus, a civilização que um dia interpretou a História em sua dimensão de salvação foi parar no nada. Terminamos exatamente como começamos, como disse Donoso Cortés⁷⁰⁴, para o qual nada havendo fora de Deus, os que se separam Deus foram parar no nada.

Nesse ponto, a abordagem de Martínez-Sicluna merece reparo, pois, se de um lado elaborou uma contundente e fundada crítica da Modernidade, denunciando que ela logrou destruir, com sua ideologia enganadora, o conteúdo de *bem comum*, a ponto de impedir, hodiernamente, sua definição, a pretexto de visar nada menos do que o *poder*, legitimando o Estado a estabelecer, como *bem comum*, aquilo que segundo o seu próprio interesse (ou de grupos) que lhe aprouvesse, organizando a sociedade civil segundo um sistema jurídico-político laico, fundado na razão humana, informado pela divinização da soberania estatal da vontade geral, segundo um governo de leis elaboradas, por meio de representação, pelo povo e para o povo, apoiado no Direito posto, por outro, pecou por não reconhecer uma ordem superior de valores decorrentes da própria condição humana, e não transcendental; não respeitou a liberdade de o ser humano em não se vincular ao Deus por ele colocado na centralidade de todas as

⁷⁰³ Op.cit., p.67.

⁷⁰⁴ CORTÉS, Donoso, in *Ensayo sobre El catolicismo, El liberalismo e El socialismo*. Madrid: Editora Nacional, 1978, p.306.

coisas⁷⁰⁵; como se o composto espiritual do homem tivesse necessariamente de estar ligado àquele Deus de seu entendimento, conferindo uma espécie de menos valia aos elementos essenciais à pessoa humana (notadamente, da própria liberdade que, em sua abordagem, situou como sufocada pelo poder) e ao conteúdo da dignidade que é dele imanente, além de revelar-se extremamente pessimista ao modelo hobbesiano, elevado à máxima potência, como se, apocalipticamente, estivéssemos condenados a viver uma mentira; como se estivéssemos numa redoma de escravidão; como se sua crítica representasse o fim da história.

José Luis Widow também formula uma definição do *bem comum* segundo uma perspectiva do *Jusnaturalismo Divino* a partir do que chamou de “*Duas tentações: a descomposição e o sobrenaturalismo do bem comum*”.

Na análise realizada por José Luis Widow⁷⁰⁶, a autor aborda duas concepções que reputa “corruptas” de *bem comum*. Para tanto, dividiu seus escritos em três partes. Na primeira e mais extensa, buscou mostrar certos fundamentos metafísicos de *bem comum humano*. A partir de tais fundamentos, na segunda parte, intentou explicar a razão pela qual a descomposição e o sobrenaturalismo correspondem a duas corrupções do *bem comum* humano cuja causa, a seu ver, repousa, em últimos termos, precisamente na *Metafísica* e na *Teologia*. E, por fim, na terceira parte, já em sede de conclusão, indicou o efeito que ambas as corrupções produzem na vida e na sociedade política.

Nesse propósito, o autor elegeu certos *fundamentos metafísicos* para tratar do tema, por lhe parecer que, *nesse âmbito, repousa a raiz da crise política de nossas sociedades*. Acredita, inclusive, que não seja possível corrigir a referida crise simplesmente emendando o rombo moral, porquanto, o que está danificado é, precisamente, o fundamento de toda a ordem moral e, conseqüentemente, o político. Essa compreensão reside, a seu juízo, na ordem de entendimento dos fins e não diretamente ligado à das ações.

⁷⁰⁵ Embora nossa concepção pessoal seja pela existência de Deus (porém, em outra formulação). Nesse aspecto, parafraseando Roberto Saturnino Braga (in *Ética e Política*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2012, p.89): “*Aliás, é preciso ser muito arrogante, isso sim, para se declarar ateu: com as limitações estreitas de nossa mente, incapaz de compreender a ‘coisa em si’ da matéria, da energia, das partículas, das ondas, do espaço-tempo, das atrações e curvaturas do Universo, coisas com as quais lidamos matematicamente, com esta mente limitada que não alcança tanta coisa, como se pode decidir se existem ou não forças metafísicas, entidades transcendentais que regem as leis físicas universais? Arrogância incurável desse vaidoso bípede implume que se acha dono da verdade*”.

⁷⁰⁶ WIDOW, José Luis, in *¿Dos Tentaciones: la Descomposición y el Sobrenaturalismo del Bien Común*. AYUSO, Miguel. *El Bien Común: Questiones Actuales e Implicaciones Político-Jurídicas*. Madrid: Fundación Elías de Tejada. Madrid, 2013, p.69 e s.

Sem pretender exaurir os conceitos de *bem humano* ou *bem comum*, José Luis Widow almeja apenas abordar o que ele próprio entende por imprescindível para poder explicar, adequadamente, as corrupções do *bem comum* que constituem o cerne de sua proposta. E, nessa linha de raciocínio, assume uma perspectiva que, em um sentido amplo, poderíamos chamar de “platônica”, porque o seu entendimento é de que *o bem humano está marcado pela unidade do bem em si, do qual participa o bem comum*.

Assim, José Luis Widow⁷⁰⁷ vai sustentar que o *bem humano é composto*: “*El bien humano es el bien de un ente que tiene tanto una existencia espiritual, como una existencia corporal*”. Essa realidade do homem que está, ao ver do autor, na raiz do tema do qual se ocupa em seus desenvolvimentos, porque é o que explica que o homem tenha como perfeição última um bem que, por um lado, é espiritual e, por outro, que é apenas corporal, senão que, também por ele, se multiplica em diversas partes. Dessa forma, concebe o *bem humano como um bem composto, corporal e espiritual ao mesmo tempo, ambos decorrentes de sua condição humana*.

José Luis Widow adverte que tal composição se trata de um único e mesmo bem, que é ao mesmo tempo espiritual e corporal. É dizer, não se trata de dois bens diversos, senão de um único, ainda que composto. E assim sucede porque, tratando-se, de um lado, de bem de um espírito, se trata de um espírito que não lhe compete existir senão que incorporado (em algum corpo) e, por conseguinte, com todas as possibilidades e limitações próprias da existência espiritual-corpórea.

Por outro lado, se trata de um ente corporal que não se acha enclausurado nos limites de sua corporalidade, mas que se estende aos domínios do espírito. Em outros termos, é um corpo organizado de maneira que se ordena a consecução também de bens espirituais.

Sendo um bem único, em que pese composto, haverá, necessariamente, no dizer de José Luis Widow, de uma ordem entre as partes. *O que distingue o homem enquanto tal é o espírito; daí que o seu bem mais próprio seja dessa mesma índole*, como que o autor confere superioridade aos aspectos espirituais do bem humano. Sem embargo, dada sua existência corporal, esse bem espiritual não se pode alcançar se não se possuem, de modo devido, os bens do corpo.

José Luis Widow⁷⁰⁸, a este propósito, explica que quando São Tomás de Aquino se pergunta por que a alma se une ao corpo, recorda o princípio segundo o qual em toda

⁷⁰⁷ Op.cit., p.70.

⁷⁰⁸ Op.cit., p.71.

união de partes, a inferior se une à superior em razão desta última, ao passo que a superior se une à inferior em razão de si mesma.

Assim, no caso da união da alma espiritual e do corpo, ainda se referindo a ensinamentos de São Tomás de Aquino, a razão está na operação da alma. E a alma não se une ao corpo em razão de seu ser, porque ela pode subsistir sem ele; entretanto, ela não pode realizar sua operação sem o corpo. É por isso que se reclama a satisfação das necessidades corporais para se alcançar o bem da alma - sua atualização -, por meio de sua operação. Portanto, a alma, para realizar a atividade em que consiste a perfeição humana - por ele compreendida como “felicidade” -, exige cuidado e atenção para com o corpo, que, por outro lado, sem a alma não sobrevive.

O bem humano, então, é composto. Porém, não se trata de uma mera integração de partes, mas de uma ordenação hierárquica, de onde uma se ordena à outra. Dessa maneira, a composição não destrói a unidade própria da outra, sendo, ao revés, a maneira pela qual a tal unidade pode ser perfeitamente alcançada.

Nas ponderações do autor, todo o bem tem um ser cuja perfeição lhe permite exercer sua atração como fim sobre outros entes. Nesse sentido, tanto quanto ele puder exercer seu influxo, influência ou inspiração causal a uma multiplicidade de entes, se pode dizer que é um *bem comum*. Contudo, dependendo da natureza e da dignidade de seu ser, cada bem tenderá a uma maior ou menor potência causal e, segundo essa potência, sua influência será mais ou menos intensa, e se estenderá a mais ou menos entes. E o bem que é absolutamente perfeito, Deus exerce sua influência como um fim, sem exceção, sobre todas as criaturas. O bem espiritual é de maior envergadura que o corporal e, por isso, exerce como causa final mais universalmente que este último. Ademais, o bem espiritual, diferentemente do bem corporal, se difundirá como causa final, sem que isso lhe signifique qualquer menoscabo em seu ser.

O bem espiritual está disponível para ser possuído e gozado por muitos sem limitação. Já o bem corporal, ao contrário, exerce sua influência causal até que se acabe no momento em que chega a ser possuído por quem a ele apetece, é dizer, traz com ele algum custo em seu ser. Se esse bem tiver sido, de fato, um bem de uma multidão, será, em certo sentido, comum, mas, para que essa multidão realmente o aproveite, deverá, ao menos, ser prejudicado como resultado da repartição que, por força, deverá sofrer.

O bem corpóreo pode ser, assim, comum, enquanto puder ser a perfeição de muitos. Porém, como ele não está disponível para ser possuído por esses muitos ao mesmo

tempo, sem menoscabo de seu ser, diremos que é *bem comum* só em um sentido derivado e imperfeito.

O bem espiritual, ao contrário, é primário e, principalmente, comum (não no sentido de que seja de sua essência ser, de fato, possuído por muitos, mas no sentido de que ele está, por natureza, disponível para sê-lo). O homem alcança sua perfeição com a posse de um bem espiritual. Nesse sentido se ordena um bem próprio e primariamente comum. Entretanto, como para alcançar seu bem espiritual um ser precisa cuidar de seu corpo; deve ordenar-se, também, a esses bens corpóreos que são, à sua vez, secundários e derivadamente comuns. Dessa maneira, o bem humano será um bem composto de bens próprios e primariamente comuns e de outros que são comuns em sentido derivado e por uma participação no ser dos primeiros.

Porém, como se trata, em definitivo, de um mesmo bem, aquelas partes menos perfeitas devem se ordenar à consecução das mais perfeitas, nas quais se encontra formalmente a perfeição ou a felicidade humana. Se não suceder assim, esses bens passam a ser aparentes e, em definitivo, obstáculos severos para a felicidade humana.

Afirma, José Luis Widow⁷⁰⁹ que *o bem humano* é um *bem comum social* e, por isso, o fim último da Política. Sustenta que, de modo análogo ao ser que, enquanto tal, não lhe compete ser indivíduo (segundo a individualização causada pela matéria enquanto sujeito de quantidade), tampouco compete o bem enquanto bem. O mesmo ocorre com a multiplicidade dentro da espécie, que segue a individuação.

Assim, ao *Ser* e ao *Bem*, sem mais, lhes compete a perfeita unidade transcendental. E aqui o autor faz uma alusão a Platão, admitindo que, em certo sentido, o Filósofo tem razão quando *destaca a imperfeição do indivíduo sensível*, pois ele é um, numericamente, mas, ao mesmo tempo, ele acha a unidade do *Ser* e do *Bem Ideal*. É o *ente* que, “sendo”, não é simplesmente o *ser subsistente*, uma vez que sempre terá uma tendência ou um amor natural pelo *Ser*, sem mais, ou pelo *Uno*. Um *ente* qualquer, na medida em que participa mais ou menos perfeitamente do *Ser* e do *Uno*, tem, também, uma perfeição maior ou menor: seu *bem* é mais ou menos *uno* e mais ou menos *múltiplo*.

Desde essa perspectiva - assim como de sua compreensão de “partes”, ainda que se revista de alguma imperfeição - essa é a via que têm esses *entes* para corrigirem, na medida de sua natureza, tal imperfeição. E, se assim se quiser, a via pela qual esses *entes* - a parte de, entre todos, refletir melhor a perfeição do Criador - tendem à perfeita

⁷⁰⁹ Op.cit.,p.73.

unidade do *Ser* que, por natureza, lhes é negada. Quanto menor for a perfeição equitativa, a unidade é menor e a tendência à unidade mais débil.

Isso significa que, quanto mais baixo situamo-nos na escala dos *entes*, a composição será mais febril e o remédio natural mais débil. E o mesmo ocorrerá com a multiplicidade: a união dos indivíduos dentro de uma espécie será mais numérica ou integral. Quanto maior for a perfeição, a unidade do composto será maior, e os múltiplos indivíduos da espécie terão, também, entre eles, uma unidade mais perfeita, como a gregária ou a diretamente social, por exemplo.

A partir dessa multiplicidade - e já no campo operativo -, esses *entes* buscarão corrigir, com sua atividade, a imperfeição de sua natureza. O autor demonstra isso com exemplos: um anjo, dada à unidade de seu ser (puramente espiritual), exclui não só a composição de partes - salvo a essência e a existência, que não são partes em sentido próprio - senão que, também, a multiplicidade intraespecífica, pois sua imperfeição, enquanto *Ser*, não é no grau que demanda outros indivíduos para alcançar a perfeição de sua atividade. O anjo pode alcançar a visão de Deus atuando só.

Conforme José Luis Widow, segundo a espécie, um animal irracional, para realizar a operação (ou movimento) pela qual alcance sua perfeição, isso lhe reclamará a presença de outros, uns mais, outros menos. O que ocorre com o homem, então, na percepção do mesmo autor?

Estamos, por suposto, em sua lógica, ante a um *ente corpóreo individual e múltiplo*. Sinal inequívoco de que um indivíduo, por si só, não pode realizar toda a perfeição própria de sua espécie⁷¹⁰, referindo-se o autor, à perfeição última, e não só aquela que decorrente da espécie enquanto predicado: o homem precisará da união dos indivíduos em ordem de cooperar na realização da atividade na que consiste sua perfeição.

Pois bem, enquanto um animal tende à unidade dentro da mesma espécie, muito debilmente e somente por instinto, pela sua incapacidade de conhecer e de querer o *bem* dos outros como *bem dos outros*, o homem, a seu turno, por se tratar de um *ente* que não está enclausurado em sua existência corporal, *conhece e é capaz de amar o bem do outro enquanto outro*. Por isso que, louvando-se em lição de Aristóteles, José Luis Widow sustenta que o *bem* e o *mal* a ele, homem, se apresentam como *justo e injusto*. Decorre daí que as interações que estabelece com os outros membros da mesma espécie

⁷¹⁰ Op.cit., p.75.

não são um bem só seu, individualmente considerado, senão que, também, fortemente como bem de outros, é dizer: como *bem comum*.⁷¹¹

A ele se acrescentará que esse bem, sendo bem espiritual, não é alcançável sem a participação ativa do outro. Daí que o bem não é alcançável por um indivíduo isolado; mas é, em outro giro, alcançável na exata medida em que seja buscado ou perseguido como inclusivo de outros enquanto outros. Reconhecida pelo homem a comunidade do bem é que o seu bem comum seguirá, naturalmente, a organização social por meio da qual conseguir esse bem: será a organização familiar, corporativa e política.

O bem humano, então, é uno, ainda que composto. Desde essa premissa, é necessário revisar rapidamente que gênero de bens o compõe, e que ordem deve existir entre eles para que a multiplicidade não destrua a unidade. Se a vida humana se define pelos bens espirituais, então, em primeiríssimo lugar estará o mais alto de todos que é o próprio Deus. Tal como aparece no famoso texto de São Tomás de Aquino sobre as inclinações naturais, a coroação de toda a vitalidade está no conhecimento da verdade acerca de Deus. Nele estão em jogo os bens da sabedoria e, em segundo lugar, da ciência. Em terceiro lugar estão os bens morais. Dado que o bem humano é comum, por um lado, e que cada indivíduo é insuficiente para alcançá-lo por si só, se exige uma ordem justa da sociedade, segundo a qual as partes se dispõem adequadamente para alcançar o bem mais alto. Este é o objetivo da Política.

A justiça, à sua vez, reclama, para que ela exista, em face da ordem dos apetites internos, outras virtudes morais. Dessa maneira, *entram no bem comum as virtudes e a ordem humana interior e exterior que as levam aparelhada*. Nem a sabedoria nem as virtudes podem ser obtidas sem a satisfação das necessidades sensíveis e corporais⁷¹². Em decorrência, os bens que a satisfazem também entram, ainda que de um modo subsidiário e útil, no *bem comum*. Nem a vida ética é ordenada, se independente dos bens da sabedoria, nem a vida sensível, com toda a sua legião de bens materiais o é, se não se ordena a conseguir uma vida boa ética (Política) e de conhecimento.

Existe, segundo o autor, um texto do Doutor Angélico⁷¹³, no qual ele responde a seguinte dificuldade: *se Deus é o fim natural do homem, de maneira que, em seu conhecimento, está a felicidade, e a natureza não falha no necessário; então, o homem*

⁷¹¹ Op.cit., pp.75-76.

⁷¹² Op.cit., p.77.

⁷¹³ Aqui se referindo a São Tomás de Aquino, pois é assim que o teólogo e filósofo é conhecido no meio católico, sendo, ainda, considerado como o santo padroeiro da educação, das universidades e escolas católicas.

deveria, somente por suas forças naturais, ser capaz de alcançá-la (até aqui, a dificuldade, tal como aparece reconhecida na Summa Teológica de São Tomás de Aquino). A vida sobrenatural, assim, seria superflua. São Tomás de Aquino, além de dizer que a felicidade imperfeita só alcança nesta vida se for possível, indica que a perfeita não o é, porque, como consiste na visão da essência divina, e esta excede infinitamente a capacidade de qualquer criatura, ninguém pode alcançá-la a partir de sua própria e específica finitude. O que o homem pode fazer, então, com o seu livre arbítrio, é voltar a Deus, quem, a sua vez, lhe poderá dar (como exclusividade) a felicidade perfeita.

Em outras palavras, a felicidade perfeita somente se alcança pelo recebimento da Graça. Não existe outra forma. E, naquilo que, por ora, nos interessa, isso nos leva ao seguinte problema: *o fim natural da vida humana é Deus*, mas isso só se alcança pela graça.

Se isso é aceito, forçosamente teremos de aceitar ou assentir que há uma ordem suprapolítica que escapa, então, às potestades políticas (poder, força política)⁷¹⁴, porém, na visão do autor, essa ordem suprapolítica possui uma fundamentação divina. Tanto é assim que se vale da lição de São Tomás de Aquino para sustentar que o poder político deve subordinar-se ao poder eclesiástico.

O problema se apresenta, porque se cuida do mesmo sujeito pessoal e, ainda, da mesma dupla dimensão natural e sobrenatural da existência humana. Se for, parece que o *bem comum* é, em definitivo, de caráter sobrenatural e, por conseguinte, a ordem natural ficaria sujeita a quem tem o poder de administrar os bens sobrenaturais (a Igreja).

Como uma independência total das duas ordens implicaria um desdobramento impossível no homem, necessário é que ambos fiquem integrados em um único, que será, evidentemente, o superior. É o da *Bula Unam Sanctam*: para a salvação, todos os homens devem estar sujeitos à autoridade do Romano Pontífice.

Entretanto, José Luis Widow não pensa que isso signifique que São Tomás de Aquino propôs subsumir a sociedade política na Igreja. A sociedade política está sujeita à Igreja apenas naquelas coisas ou nos aspectos que são próprios da vida sobrenatural, de que necessita para alcançar a salvação eterna. Porém, nas outras, a sociedade política é independente para atuar segundo considere prudente. Cada potestade tem, então, seu próprio âmbito de ação. Mas isso não resolve o problema.

⁷¹⁴ Op.cit., pp.77-78.

Isso porque é difícil, senão impossível, definir, em abstrato, que coisas ou ações concretas ficam sob o poder da Igreja e que outras coisas devam ficar sob o poder estatal. Ocorre que uma mesma pessoa está sujeita, em uma mesma ação, a ambos os poderes, pois ela é natural e, ao mesmo tempo, participa da vida sobrenatural. Como negar, então, que o poder da Igreja tem sobre a ação de um empresário católico, em uma sociedade católica, pela qual determina o salário que pagará ao seu empregado? Não corresponde à Igreja fixar critérios gerais de justiça a que o empresário deve se sujeitar, se quer que tal ação seja meritória em ordem a conseguir a visão de Deus? E não é natural que essa mesma ação esteja sujeita às leis da sociedade política?

A distinção de poderes não corresponde a uma distinção de ordem material da ação. Neste plano, quase toda a ação pode ficar sob os dois poderes. A distinção deve atender às diferentes formalidades que uma mesma ação pode ter. Uma ação fica sob o poder da Igreja enquanto participa da vida sobrenatural, que a pessoa recebe pela Graça e, portanto, segundo ela mereça ou não, na ordem, a alcançar fim último, aquela que não poderia conseguir por forças puramente naturais. A mesma ação estará sujeita ao poder político, enquanto ela tende ao bem do qual a pessoa pode ordenar-se por suas forças naturais.

O exercício real de cada potestade, de maneira que seu domínio não se confunda com o da outra, deve se realizar segundo a prudência. Não se pode estabelecer em abstrato, com já dissemos, quando algo se submete ao poder de uma e de outra. Isso não quer dizer que não exista algum princípio em virtude do qual seja possível estabelecer certa separação dos âmbitos de cada qual. Para além do já explicado, há ações que se referem diretamente à consecução do *bem comum* extrínseco à comunidade política: a felicidade perfeita que consiste na visão de Deus. Estas naturalmente estarão mais diretamente sob a potestade eclesiástica. Outras ações estarão ordenadas, mais diretamente ligadas ao *bem comum político*, que se projeta na vida social, o chamado *bem comum imanente ou temporal*, pelo que ficarão mais na esfera do poder político.

Contudo, não se pode dizer, em abstrato, que ações são umas e outras. E tanto é assim que, se é certo que um ato do governo político puder ser objeto do poder da Igreja, também é certo que, por exemplo, um ato de culto, em determinadas circunstâncias, pode ser objeto de ocupação do poder político. O importante é que, como a Igreja mira as ações humanas segundo seu valor sobrenatural, não deve imiscuir-se nesse leque potencialmente infinito de decisões que, *à luz da prudência, são tomadas para procurar o bem comum da sociedade política.*

Seja qual for a decisão que se tome, a Igreja a toma sob seu encargo, segundo for conducente ou não ao fim último. A sociedade política, por seu turno, como só tem capacidade para procurar o *bem comum natural*, não deve se imiscuir diretamente naquelas decisões atinentes ao *bem comum sobrenatural*. Daí, por exemplo, que não compete à Igreja realizar a lei civil que rege os atos comerciais, mesmo quando seja de sua competência assinalar certos bens que devem ser cuidados por meio dessas leis. Deflui também daí que não compete à sociedade política determinar, por exemplo, a melhor idade para receber um sacramento. Cada um, em seu âmbito, deve zelar pelo bem humano.

Todavia, como este bem, em definitivo, é um bem sobrenatural, a sociedade política, propõe o autor⁷¹⁵, deve se sujeitar à Igreja. Será a Igreja a que deverá, então, pontuar os princípios últimos de ordem sobrenatural segundo os que se deverá ordenar a vida natural.

Não se quer aqui obstar a liberdade religiosa e, de nenhuma maneira geral, negar ao autor a liberdade de pensar. Mas nada, em sua ideia, encontra no próprio homem o seu fundamento último, sendo uma teoria, portanto, alheia a uma compreensão mínima do personalismo.

Por ela, jamais o ser humano será capaz de determinar os seus fins, o que está reservado exclusivamente a Deus, por meio da Igreja (notadamente a Católica), especialmente no que respeita ao *sobrenatural*. No que concerne ao *bem comum temporal*, este fica a cargo do poder político, que, como dito acima, à luz da prudência, deve tomar decisões que visam ao *bem comum temporal*, em especial, por estar vinculado a uma ordem de valores superiores, o que justifica que, em última instância, também se subordine ao poder eclesiástico.

Se a proposição do autor tem o mérito de reconhecer a dimensão naturalmente social do homem, em termos de *razão humana*, sua teoria é absolutamente excludente, carente, porque, em nenhuma das ordens, natural e transcendental, o ser humano ocupa a centralidade. Antes, tem o dever de obediência e resignação; nem mesmo quando aventa a existência de uma ordem superior de valores a vincular, heteronomamente, a Política, não a deriva da razão humana, da dignidade da pessoa humana e de seu conteúdo essencial - liberdade, segurança, justiça, da qual a solidariedade é uma forma de expressão -. A heterovinculação que admite se fundamenta em Deus. E, a parte de colocar o indivíduo como um ser único e irrepetível, não lhe reconhece como

⁷¹⁵ Op.cit., p.81.

fundamento e fim de todo o poder e tudo que existe no universo, enquanto uma realidade concreta e independente de crenças e de sua confissão pessoal de fé.

Tanto é assim que José Luis Widow consente como natural aceitar que a Igreja tenha certa ingerência na vida política, ainda que proponha que tal ingerência não seja nem mais nem menos do que o necessário para que esta tenha sentido, é dizer, para que possa culminar no fim extrínseco a que naturalmente está ordenada. Esse lhe parece ser o sentido das palavras de São Tomás de Aquino, quando afirma que o poder secular está submetido ao poder espiritual, assim como o corpo à alma. O corpo tem uma vida superior, a humana, porque está vivificado pela alma. A sociedade política se ordena ao fim último perfeito, porque os homens estão vivificados sobrenaturalmente, pela Graça, que a eles chega pela ação da Igreja. Porém, se a alma não suprime o corpo nem suas operações próprias, assim tampouco a Igreja faz desaparecer o que pertence à vida política humana, enquanto nela há uma realidade que tem sua raiz na natureza. Por isso, a potestade política, em que pese sujeita ao poder da Igreja no que concerne à Moral, à Doutrina e à Fé, mantém, sem embargo, sua autonomia na gestão de seus próprios assuntos.

A descomposição, assim, vai por ele definida como o estado em que os bens humanos perdem o lugar que lhes correspondem, de maneira a servir ao alcance do fim da vida humana. Esses bens se tornam independentes uns dos outros, de modo que começam a ser buscados sem atender à radical unidade do bem humano, à luz da qual aparece a verdadeira utilidade e a honestidade que lhe são inerentes. Esses bens se buscarão simplesmente porque, neles, se seguirá apreciando sua condição de bens, porém, se fará sem neles enxergar a razão pela qual são realmente bens humanos.

Pelas raízes metafísicas (ou antimetafísicas) que têm a descomposição do *bem comum*, segundo José Luis Widow⁷¹⁶, costuma levar à atenção dos homens sobre os bens de maior urgência, úteis, mas que não têm a dignidade suficiente como para fazer verdadeiramente humana aquela sociedade em que a necessidade deles é quase a única satisfeita. Os bens honestos se logram continuar captando o cuidado das sociedades contemporâneas - alguns, entre eles, até o principal, são expressamente excluídos -, não estariam integrados em uma concepção unitária do bem humano e, por ele, se converteram em parcelas incomunicáveis do resto.

Diz o autor que não deseja fazer um diagnóstico da descomposição do bem comum na qual as sociedades contemporâneas incidiram, pois ele a tem como um dado, dando-a

⁷¹⁶ Op.cit., p.82.

por certo. Contudo, não entende demasiado fazer uma breve retrospectiva, notadamente em razão da reclusão de Deus - fundamento daquela ordem superior de valores que pontuou - no âmbito da subjetividade, de modo que fique completamente excluído da vida pública. Muitas vezes, refere José Luis Widow⁷¹⁷, sequer se pode nominá-lo. Restou, assim, perdido, por conseguinte, o poder e a influência social da Igreja. Acrescente-se a isso as crises da mesma Igreja, somando-se, ainda, a ideias que, lhes sendo alheias, são para ela altamente destrutivas, como as relativas à concepção liberal de liberdade religiosa e de consciência, ou as que conduzem à eliminação do sagrado - liturgia, arquitetura, vestimenta -, ou as que, provindo de filosofias incompatíveis com a fé, que foram introduzidas na Teologia e na prática religiosa, até o ponto de transformar a primeira em antropologia ou em fenomenologia da conduta religiosa e a segunda em uma atividade de corte subjetivo.

Disso decorrem, a seu ver, o *niilismo* moral e a *vida sem esperança*; é isso o que lhe segue: a tendência a desenvolver a ciência em função do progresso tecnológico; o menosprezo ou franco desvalor pelas chamadas humanidades, com o conseguinte encerramento de programas e instituições que as cultivavam; a redução da educação como algo destinado a ser mero *lócus* e ter apenas por função o desenvolvimento econômico ou uma propedêutica profissional; a redução das universidades a meros centros de formação profissional; a substituição da leitura pela imagem em movimento; a banalização da arte senão diretamente o culto da feiura; a redução da música a ritmo; o desaparecimento do silêncio; a falta de filhos; o foco e os esforços postos quase que exclusivamente no desenvolvimento econômico, podendo, ainda, deduzir múltiplas consequências.

Se atentarmos à rápida enumeração do parágrafo anterior, pode-se observar, afirma José Luis Widow, algo muito curioso: quanto mais são os bens, há também uma tendência maior ao seu desaparecimento da vida social; quanto menos dignos, não há desaparecimento, mas, antes, o contrário, percebe-se uma hipertrofia em sua presença social, de modo que neles ficam depositadas as esperanças de felicidade (tendo aqui, em referência, o consumismo e as necessidades materiais por ele inflamadas e ilimitadas do indivíduo).

O que ocorre, como parece ao autor, é que, precisamente, se perdeu o fundamento último pelos quais os bens são verdadeiros ou reais; os homens já não têm mais o critério segundo o qual poderiam querê-los em sua condição humana. Agora lhes

⁷¹⁷ Op.cit., p.83.

apetecerá porque satisfazem um desejo urgente ou próximo sem que pareça haver uma razão que vá um pouco além do simples aplacamento de um desejo. O autor exemplifica isso observando que, hoje, são tantos os que comem por uma necessidade física ou porque sentem fome. Não é que não seja um bem comer por isso, mas esses fundamentos também são válidos para um hipopótamo. As razões que dão ao ato de comer uma conotação humana, sem anular os motivos anteriores, vão além. Isso porque o homem também come porque uma boa ceia, a parte de estar deliciosamente preparada e acompanhada de um bom vinho, é uma excelente ocasião para conversar. Ou porque, se não come, não estuda.

Na vida política atual, ocorre que se segue abordando os problemas de moradia, de alimentação, de saúde, de transporte, de tecnologias da comunicação, de produção fabril e agropecuária, de comércio, de relações internacionais etc., sem que, muitas vezes, haja mais razões para fazê-lo que não apenas o progresso econômico que, quanto maior é, mais preocupação e desassossego produz.

Instalou-se, no dizer do autor, como objetivo da Política, um caleidoscópio⁷¹⁸ de bens sem unidade real e, por isso, ficam saciados apetites particulares; não conseguem acalmar o homem como tal, pois este requer ou precisa de um bem que seja proporcional à ordem espiritual da qual participa e que faça as vezes de princípio ordenador e unificador de todos os demais bens que entram com ele e a ele subordinados no *bem comum político*.

Essa é a razão pela qual ao autor parece que, uma sociedade que pretenda ser atea, está por ela mesma em crise política. Nela, se descompõe o bem comum pela ausência do princípio unificador. Desse modo, essa sociedade traz, aparelhada, políticas erráticas e, por suposto, desordem na hierarquia dos bens sociais.

O mesmo se pode suscitar em relação dos termos do texto de São Tomás de Aquino sobre as inclinações naturais. Negado o único e principal pendor a conhecer a verdade acerca de Deus na linha da qual têm sentido todas as demais, estas ficam reduzidas a um fazer inclinações independentes que, por isso mesmo, terminam atirando o homem e a sociedade em direções contrapostas.

Por que temos chegado a essa situação? Na ótica de José Luis Widow⁷¹⁹, na resposta a essa questão, o *niilismo individualista* tem muito a dizer. Se se define o bem

⁷¹⁸ Na exata referência de um instrumento óptico que serve para criar efeitos visuais simétricos com o auxílio de um conjunto de espelhos e vidros coloridos. Atualmente, além do valor recreativo que possui, o caleidoscópio ainda serve para fornecer padrões de desenhos para artistas, por exemplo.

⁷¹⁹ Op.cit., p.85.

humano como puramente individual, o mais provável é que acabe sendo entendido em termos de *bem privado*. Como os bens materiais são os que podem ser privados, o resultado será que os *bens humanos que reclamam preponderância serão precisamente os bens econômicos*. Os bens primeiramente comuns, que são refratários à privacidade, ficarão relegados a uma segunda ordem.

A sociedade será, assim, concebida já não para que os homens se conduzam coordenadamente para esse *bem comum*, senão para que interajam pacificamente, a fim de satisfazerem seus próprios e particulares interesses. E o problema é que, com isso, mesmo os bens econômicos e sensíveis perdem sua razão de bem real, convertendo-se em bens só aparentes que, por isso, mais que favorecer, se transformam em um obstáculo para se alcançar o bem humano.

Na Teoria Política, esse estado de coisas é a expressão do próprio contratualismo. Desde Hobbes, afirma José Luis Widow⁷²⁰, a liberdade de comércio se fazia central, até um Rawls, para quem a lei deve se esvaziar de todo conteúdo material referido a bens, para assegurar um campo de atuação individual, sem interferência de uma ética comum (segundo sua proposta procedimental e visão da justiça como equidade), encontramos em uma linha de pensamento cujo resultado é o achatamento, a quebra, da unidade social, que permite a obtenção do *bem comum*.

Quando se concebe o *bem humano* como puramente individual e, em consequência, a sociedade como algo que não é naturalmente bom, senão que um sucedâneo de bem original irremediavelmente perdido da boa natureza, então, a estrutura social se vê necessariamente quebrada, no pensamento do autor acima mencionado.

Toda verdadeira sociedade tem uma dupla ordem: a primeira, a das partes ao bem comum, até o todo; e a segunda, a ordem das partes entre si. Essa segunda depende da primeira. Quando o *bem humano deixa de ser compreendido como uno e comum*, então perde-se, ao ver do autor, a ordem vertical que articula a horizontal entre as partes. Em decorrência, as partes da sociedade ficam reduzidas a um mero número: *uma massa*.

José Luis Widow ainda desenvolve algumas breves considerações sobre o *bem comum sobrenatural* e, a primeira distinção que sugere que se faça é diferenciar o que seja sobrenatural de outra corrupção que reputa “*espiritualismo*”. O *espiritualismo*, conforme assevera possui muitas e diversas manifestações e poderia ser entendido como uma *tendência de definir o bem humano a partir de seu bem espiritual*, conferindo pouca ou nenhuma importância ao bem humano corporal. O exemplo típico do

⁷²⁰ Op.cit., pp.85-86.

espiritualismo é a concepção personalista de Maritain que o autor critica, pois o espiritualismo se pode apresentar em termos exclusivamente filosóficos.

O *sobrenaturalismo do bem comum* corresponderia a um espiritualismo singular, que não se encaixa, exatamente, como uma espécie, mas de um espiritualismo segundo antes referido, porque não se resolve no binômio espírito-corpo, senão que na de sobrenatural-natural. Daí também que esteja formulado sempre em sede principalmente teológica, e não filosófica.

Podemos definir a sobrenaturalização do *bem comum*, ao ver do autor ora examinado, como a tendência teórica ou prática a lhe dar um predomínio à vida sobrenatural sobre a natural, de modo que se diminua ou suprima a ordem própria que a segunda representa.

Nessa ótica, a tentação do sobrenaturalismo, muito compreensível, tem acompanhado a história do catolicismo, o montanismo do Século II, nas heresias albigenses e valdenses, na tendência que se deu inclusive em Santos, a menosprezar a filosofia no jansenismo, para anotar, segundo o autor, só alguns exemplos de diversas épocas em que esse mal se apresentou.

Em um terreno mais diretamente prático, um exemplo claro é a intenção de lhe dar primazia à hierarquia eclesiástica, em particular, ao Papa, como governante temporal acima do poder natural dos imperadores, reis e senhores. Porém, o autor nem quer e não entende que deva fazer em sua abordagem, uma recontagem histórica desse mal. Interessa-lhe refletir sobre o *sobrenatural* em sua manifestação atual.

Quiçá se possa encontrar algumas manifestações teóricas que, como reação ao ateísmo militante de muitas das sociedades contemporâneas, tendem a debulhar soluções que ignoram ou diminuem a importância de ocupar os meios políticos próprios da ordem natural. Acredita, no entanto, o autor, que tais manifestações teóricas relativas ao ateísmo, como pura teoria, não têm maior influência social. Se tiverem, parece-lhe o correlato que se pode encontrar na atitude prática de tantos católicos, os quais, a partir da quase nula influência que têm na vida política, se refugiem em sua vida religiosa, depositando suas esperanças na Graça, porém, de uma maneira tal, que renunciam ao uso dos meios temporais para mudar o curso das coisas. Cuida-se de um *sobrenaturalismo* que tem sua origem na atitude psicológica do derrotado.

A outra manifestação do *sobrenaturalismo* é o perene clericalismo que, à sua vez, pode ser definido, simplesmente, como uma influência excessiva do clero nos assuntos próprios da ordem temporal. Parece fundar-se na falsa premissa de que a apropriação do

poder para administrar a Graça outorga ao sacerdote a capacidade de decidir melhor nas questões temporais. A corrupção que representa o clericalismo é, como disse Gilson⁷²¹, uma das piores, pois a intromissão do clero nas decisões próprias das potestades temporais não se há dado tanto para deles usar no propósito de fazer de modo mais eficiente a administração da Graça, mas tem sempre terminado por ser a utilização da ordem sobrenatural visando a fins temporais.

Uma das piores concreções desse clericalismo foi a identificação, explícita ou implícita, de parte da hierarquia eclesiástica das posições católicas na política com a pertinência a determinados partidos políticos. No Chile, os partidos canonizados foram, primeiro o Conservador, e logo, a Democracia Cristã, com as deletérias consequências que tal processo teve, precisamente, para as posições católicas na Política e, em definitivo, para a missão mesma da Igreja.

Há, ainda, uma forma mais grave de clericalismo pela premissa em que se funda: é a assunção, no mundo católico, da tese liberal de que o catolicismo é só uma religião e, como tal, não lhe compete ter presença pública. Esse clericalismo leva a que a ação formalmente católica seja só a própria do culto, e a que tem que ver diretamente com a vida da graça, na qual o sacerdote tem, efetivamente, a primazia. Como tal coisa é, em realidade, algo impossível, a primazia sacerdotal, sutilmente, invade as decisões que competem ao laico católico, em ordens nas quais o poder e a responsabilidade sejam suas.

Em conclusão, descomposição e sobrenaturalismo do *bem comum* têm o mesmo efeito: a despolitização da sociedade. Para que haja comunidade política, ao sentir do autor, deve estar presente o *bem comum completo* e, por conseguinte, a correspondente associação dos homens, os quais, mediante a justiça, atuam cuidando, segundo ensinou Aristóteles, em sua “Política”, o que são os outros, é dizer, sua perfeição formalmente humana. Quando o *bem humano* perde sua *unidade*, imediatamente se debilita a razão da justiça, pois seu objeto se atomiza em bens desconexos. Segue, portanto, a autonomização da sociedade, que fica reduzida a um aglomerado de indivíduos humanos que nada terão em comum para além do lugar que habitam, a necessidade de não tirarem os olhos entre eles e, por suposto, a ocasião de obterem maiores benefícios mediante relacionamentos comerciais. A sociedade se transforma em um precário equilíbrio de apetências pessoais, na qual, sem dúvidas, os poderosos levam a maior

⁷²¹ GILSON, Étienne, in *Pour un ordre Catholique*. Paris: Desclée de Brouwer, 1934, pp.160-161.

parte. O bem do outro enquanto outro, que é o próprio da ordem política, desaparece do horizonte.

Porém, enfatiza José Luis Widow⁷²², quando se assume que a elevação da natureza, pela graça, enfatiza, diminui ou elimina, pela via que seja o que é próprio dela, em efeito, no âmbito do ocupa o seu raciocínio, a politicidade fica deglutida em clericalidade, com a qual, ambas as sociedades, a Política e a Igreja, se vêm afetadas na atividade que desenvolvem em prol do fim que lhes são encomendados.

No caso da ordem política natural, como tem, de fato, não obstante a pretensão do sobrenaturalismo, uma unidade própria e distinta, o efeito é que essa ordem fica abandonada ou descuidada. A ignorância prática do objeto próprio da ordem política conduz a ver na politização uma condição acidental e prescindível, além de objeto de uma preferência subjetiva. O curioso é que ele não tem sofrido somente a ordem da natureza, como na da Graça, pois esse não pode sobrelevar o primeiro sem respeitar sua ordem própria. Não existe sobre-elevação, se suprimirmos aquilo que havia de ser elevado, diz José Luis Widow.⁷²³

Em suma, o autor em análise não vislumbra um verdadeiro bem comum que não proceda de Deus, conferindo pouca fé no ser humano, pois sequer lhe reconheceu a liberdade de definir, segundo sua autodeterminação, os seus fins.

Contudo, os autores acima estudados não são os únicos a defenderem a ideia de dissolução do *bem comum*. Alejandro Maldonado Ardóñez⁷²⁴, professor na Universidade Santo Tomás, de Santa Fé de Bogotá-Colômbia, em obra coletiva de Miguel Ayuso, analisa essa dissolução em confronto com o personalismo e da compreensão que dele emana em torno do sentido e das consequências do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, inclusive ponderando alguns julgados da Corte Constitucional da Colômbia, para sustentar como ele, o *personalismo*, acaba aniquilando ou dissolvendo o *bem comum*. Embora não concordemos com as ideias, convém conhecê-las para criticá-las.

Pois bem. O autor observa que, segundo nosso tempo, a parte, para o caso específico do aspecto político, o indivíduo (incluindo as minorias e grupos diferenciados ou “os vulneráveis”), se valoriza em função de si mesmo, e não é legal

⁷²² Op.cit., p.89.

⁷²³ Op.cit., p.90.

⁷²⁴ MALDONADO ARDÓÑEZ, Alejandro. in *¿Personalismo, Livre Desenvolvimento da Personalidad y Dissolução do Bem Común*. AYUSO, Miguel. *El Bien Comum: Questiones Actuales e Implicaciones Político-Jurídicas*. Madrid: Fundación Elias de Tejada. Madrid, 2013, pp.91-120.

determinar se convém ou não convém ao todo e, portanto, tampouco é viável que sua inconveniência seja ocasião de medidas para proteger o bem do todo, pois, repete-se, *o bem estaria ancorado no próprio indivíduo*.

Esse princípio de inação da sociedade e de não intromissão frente ao indivíduo reflete, de certo modo, *o sentido da ética moderna com a consequente desintegração do bem comum*. Desintegração que, no dizer do autor, “*implica na dissolução mesma da comunidade política, pois aquela é sua finalidade e, como se sabe, a perda do fim é um erro pior, é a preeminência da parte, que por ele deixa de ser parte (porque não está referida ao todo, senão que a ela mesma), e se converte em um indivíduo, o sujeito em si considerado, independentemente da realidade política que seria necessária e objetivamente evidente, para além de tudo*”⁷²⁵. Dessa forma, a sociedade se desintegra, no dizer de Alejandro Maldonado Ardóñez, por causa ou em função do desvanecimento do bem do homem e da comunidade, que é o *bem comum*.

Essa desintegração foi sendo estendida com o surgimento do Estado Moderno, especialmente porque sua raiz repousa no *personalismo* em suas versões individualistas e coletivas, suscitando conhecidos debates nos ambientes católicos, segundo a avaliação do autor. Progressivamente, o *bem comum* foi sendo substituído pelo *interesse geral*, cujo conteúdo seria a conservação de liberdades e propriedades individuais de todos os homens, sem excluir a versão totalitária.

Em suma, em pleno século do neoconstitucionalismo e do que chama de *personalismo exacerbado*, tal dissolução vem sendo consolidada: nela se resumem todos os problemas sociais e políticos contemporâneos. Por isso, o autor sustenta que aí encontramos a perda de rumo frente a tais critérios perenes da Política, como, também, a causa das misérias da vida social contemporânea.

Lembra Alejandro Maldonado Ardóñez ⁷²⁶, que São Tomás de Aquino, em sua *Summa Teologica*, afirmou que “*a bondade de uma parte se aprecia em função do todo*”. Nessa proposição, Santo Agostinho sustentou que toda parte é disforme quando não convive com o todo. Ainda, que essas passagens nos introduzem dramaticamente no conceito de *bem comum*, na medida em que nos permite observar um diálogo muito significativo entre o Doutor da Graça e o Doutor Angélico (Deus e São Tomás de Aquino), um diálogo de quase oito séculos e que integra a Teologia, a Filosofia, a

⁷²⁵ Op.cit., p.92.

⁷²⁶ Op.cit., p.92.

Graça, a Razão Reta e que se cristaliza e se conserva na tradição católica até os nossos dias.

Essa é, pois, na ótica do autor, a força e a transcendência desse princípio (*o bem comum*) que, não em vão, se convocam nestas insígnies jornadas que, sem dúvida, permitem, uma vez mais, o retorno necessário e incessante a estas ideias clarificadoras, em tempo de delírio individualista e opressão totalitária; em tempos de perda dos fins e desnaturalização da sociedade política.

Alejandro Maldonado Ardóñez, ao introduzir sua abordagem sobre o *bem comum*, refere que São Tomás de Aquino ensina ser manifesto que *todas as partes se ordenam à perfeição do todo*; o todo não é para as partes, senão que as partes são para o todo⁷²⁷. Esse princípio, anota o autor, ensina que, onde existe relação do todo com a parte - e só na medida em que ela exista -, a parte é para o todo, podendo este (o todo) dispor daquelas (partes) para os seus fins. Veja-se que, por essa consideração, não se verifica nenhum interesse em relação ao bem do indivíduo. Mas, vamos adiante.

Na avaliação de Alejandro Maldonado Ardóñez, da mesma natureza e objeto da Política vêm definidos pela sua finalidade que é o *bem comum* (logo, nessa leitura, a Política se sobrepõe ao indivíduo). Entretanto, o *bem comum* não é, a seu ver, a soma de utilidades individuais ou a proteção do maior número possível de bens particularizáveis, como poderia ser lido segundo alguma ideia liberal ou nominalista, mas comporta um *verdadeiro bem do homem* (que ele próprio, portanto, não pode definir qual é) e, por assim ser, o verdadeiro bem da vida em comum.

Nessa linha de ideias, o *bem é comum* porque, sendo verdadeiro bem do homem, ao permitir-lhe orientar-se aos seus fins naturais e sobrenaturais, se comunicando com todos, uma vez que o *bem comum* é difuso de si mesmo.

Lembra, o mesmo autor, que São Tomás de Aquino, no prefácio de seus comentários à Política de Aristóteles, afirma que, na natureza, o simples tende sempre ao seu fim, que é algo mais acabado ou complexo. Assim, dos casais, pares, parceiros, se avança ao mais composto como a família e a cidade. E aquela realização mais perfeita tem razão de fim no *ente* mais simples. Esta razão da finalidade e maior perfeição é o fundamento da ordem ética intrínseco na Política.

Por isso, o bem particular se ordena ao bem comum com seu fim, justo porque a razão de ser da parte se encontra no todo. Disso, São Tomás deduz que o bem comum da Pátria é maior (mais divino) que o bem de um único homem, e que por ele a parte

⁷²⁷ Op.cit., p.93.

está inclinada a procurar no bem comum do todo, inclusive até o sacrifício ou em seu próprio prejuízo.

Conforme Alejandro Maldonado Ardóñez, a desintegração do bem comum que sustentou se reflete na ausência atual do bem comum na cidade. Sua desintegração, anota, começou com a concepção totalitária do Estado sobre a pessoa, que se traduz na exaltação da chamada “Razão do Estado”, e que termina - como acontece com o coletivismo - na absorção, ou melhor, na eliminação da pessoa.

Em face desse drama, adverte o autor, cabe recordar, ainda ao escólio de São Tomás de Aquino, que o homem não está ordenado à sociedade política, nem em tudo que é, nem em tudo que possui (ameaça do totalitarismo, de um totalitarismo menos profundo, pois o primeiro se refere a tomar o todo como um fim em si), pelo qual não há por que ser meritório ou volúvel cada um de seus atos com relação à comunidade.

E é que *a definição de bem comum tem limites*: a parte só é para o todo na exata medida em que o todo realmente é para todos; o homem é para a cidade só se ela oferece as condições para uma vida boa, essa é a vida conforme sua própria natureza.⁷²⁸

Seguindo ainda escorado nas lições de São Tomás de Aquino, Alejandro Maldonado Ardóñez afirma que *a relação da parte com o todo não é unívoca, mas uma via de mão dupla*. Isso porque não significa só o Estado exigindo do indivíduo sacrifícios, mas também delega sua legitimidade para exigi-lo, na medida em que lhe outorgue ou retorne em bens. Desse modo, segundo Alejandro Maldonado Ardóñez, explica São Tomás de Aquino, quando acusa a Modernidade na qual se forja o individualismo, impiradora de um conceito de *justiça* que implica a degeneração do *bem comum*.

Para além do liberalismo, Alejandro Maldonado Ardóñez aponta o totalitarismo como uma igual deformação do *bem comum*. Isso porque nele se materializaram, no dizer do autor, regimes comunistas e nacionalistas, com a consequente ausência de defesa da pessoa dentro dos cenários políticos, jurídicos e culturais. Essa reivindicação de pessoa foi tanto quanto o liberalismo equivocada, pois desdobrou de seus limites, caindo no extremo de desconsideração da pessoa humana.

No objetivo de aperfeiçoamento do que reputou uma “errônea resposta humanista ao totalitarismo”, surge, inevitavelmente, a *concepção personalista* que, na percepção de Alejandro Maldonado Ardóñez, louvando-se em ensinamentos de Juan Fernando

⁷²⁸ Op.cit., p.95.

Segovia⁷²⁹, “*se define como a doutrina ou a filosofia que faz da pessoa um conceito absoluto, um todo, um fim em si mesmo, a que servem o Direito e a sociedade*”.

Nessa análise do personalismo, o homem, no fundo, não é mais que criatividade e liberdade em busca de autodeterminação, de liberdade como livre determinação de si. Do personalismo se segue, logicamente, que a pessoa possui uma natureza proteica, ou, melhor dizendo, que não tem uma natureza como estatuto ontológico determinado, mas que é móvel, maleável, livremente sem sujeições teológicas, nem estruturas ônticas e/ou morais inalteráveis, senão que essencialmente livre e criativa.

Para corroborar essa ideia, Alejandro Maldonado Ardóñez busca nos ensinamentos de Danilo Castellano⁷³⁰, que “*subjaz à fundamentação personalista a concepção moderna segundo a qual o homem se autoconstitui e constitui assim seu mundo no exercício de sua liberdade, entendida de modo negativo, conforme a filosofia Moderna*”. Na pessoa, segundo alude este professor da Universidade de Udine-Itália, o personalismo não é um sujeito, mas um processo, um ser que trabalha para sua autocriação, um sujeito sem perfil e sem atributos determinados, dotado de qualidades móveis que podem intercambiar-se ou descartar-se, *um ser sem essência*, que se automodela, que dá forma a si mesmo como tarefa vital.

O sujeito pós-moderno se subjetivou, isto é, desligou-se de formas preconcebidas de *Ser* e, então, não está sujeito nem ao natural nem ao sobrenatural; não há ontologia que o explique e, assim, está aberto a toda experiência emancipatória que pode gerar a própria subjetividade.

Trata-se, pois, *de assegurar à pessoa a realização de seus desejos e de seus projetos por meio do Estado*, dotando-a dos direitos que para o que ele quer e demanda. Advém daí a notável expansão das garantias da liberdade de consciência e de pensamento nos ordenamentos constitucionais e nos pactos internacionais, porque ela reflete a autonomia moral que permite que cada pessoa eleja seu projeto vital, porque tudo é possível, tudo é demandável, tudo merece reconhecimento tanto quanto o sujeito o alegue como próprio de sua identidade.

Assim, segundo essa proposição, que reputamos destoante de uma adequada visão personalista, *não há valores nem bens comuns, nem éticos nem sociais, só os convencioneados politicamente, e assim se inabilita toda a concepção de um bem comum*

⁷²⁹ SEGOVIA, Juan Fernando, in *El Personalismo, da Modernidad a Posmodernidad: Individualismo Y Reflexividad*. Num. 463-464. Madrid: Verbo, 2008, pp. 313 e s.

⁷³⁰ CASTELLANO, Danilo. *Racionalismo y Derechos Humanos*. Madrid: Madrid Pons, 2004, p.45.

e se entabula o debate entre os bens particulares das pessoas, os dos grupos e os do Estado.

Essa compreensão o leva a sustentar que a radicalização dos interesses particulares nos tem trazido a essa situação de guerra institucionalizada na qual resulta impossível encontrar uma base para a convivência política, ou reconhecer qualquer princípio fundante da coesão social. O individualismo exacerbado das pessoas e dos grupos faz absurda toda referência a um *bem comum*, pois assinala a prioridade aos bens pessoais, ora individuais, ora setoriais. Mais uma vez louvando-se nos ensinamentos de Juan Fernando Segóvia, o autor sustenta que “*estamos frente ao avanço das diferenças, a avenida dos distintos e à ascensão das minorias*”.⁷³¹

Conforme o autor, para tal erro contribuiu Jacques Maritain, de cujo pensamento destaca as seguintes consequências, no que concerne à formulação do personalismo Pós-Moderno: a) a exaltação da pessoa como centro da liberdade; b) a primazia da pessoa como bem sobrenatural em sua relação com Deus, sobre o Estado como um bem comum natural e, portanto, inferior; c) a substituição de uma filosofia da natureza e da bondade da vida política, por uma antropologia que integra historicamente os humanismos e exalta a pessoa como polo espiritual. Essa crítica à postura de Jacques Maritain também é referendada por Julio Meinvielle.⁷³²

Não obstante os esforços de Jacques Maritain, na ótica de Alejandro Maldonado Ardóñez, por dar ao homem um fundamento de base natural e sobrenatural e pretender contradizer o individualismo e o totalitarismo, que termina inscrevendo dentro de uma visão personalista, entende que, com ele, estamos diante de “*Kantismo que conjuga a concepção jurídica tomista*”⁷³³, que acaba apartando a pessoa de sua sujeição ao *bem comum*, quando, nessa compreensão antipersonalista, sem fundamento último em Deus, dele não se pode cogitar.

Sustenta que essa construção personalista nada tem a ver com a doutrina tomista, em que o homem, ao ser uma substância individual de natureza racional, é indivíduo e pessoa ao mesmo tempo. É um único sujeito subsistente e operante; de efeito, a personalidade, em São Tomás de Aquino, é a que faz subsistir como um todo peculiar à natureza racional. Além de própria da individualidade, isso implica, também, perfeição. O homem cumpre seu duplo fim, o natural e o sobrenatural, formando parte de um todo

⁷³¹ Op.cit., p. 97.

⁷³² MEINVIELLE, Julio, in *Crítica de la Concepción de Maritain sobre la Persona Humana*. Buenos Aires: Epheta, 1993, p.229.

⁷³³ Op.cit., p.98.

mais perfeito, a cidade e a Igreja, especialmente porque o *bem comum supera o seu bem individual*, sem ser contrário a ele.

Na visão do autor, o personalismo levou a que o mundo moderno julgue os chamados direitos humanos como criação triunfante e protetora das pessoas em detrimento da sociedade e do Estado. Hoje, segundo Alejandro Maldonado Ardóñez⁷³⁴, vemos com tristeza, mas, com esperança, que *o homem é, mais que nunca, escravo de seus tão promulgados direitos humanos*.

Jacques Maritain se questionava, afirma o autor, acerca dessa realidade, ponderando que o mundo moderno tem proclamado os direitos sagrados do indivíduo e sobre o preço que tem pago por essa proclamação; sem embargo, o indivíduo nunca esteve mais completamente dominado, mais facilmente subjugado pelas grandes potências anônimas do Estado, do dinheiro, da opinião. Qual é a chave desse mistério?

A chave do mistério que Jacques Maritain aponta, com razão, pode estar no mesmo paradoxo que coloca *em sua concepção personalista dos direitos humanos que não leva consigo nenhum bem que faça verdadeiramente dignos a pessoa e a sociedade*.

Alejandro Maldonado Ardóñez indaga-se, então, que equívoco pode ser esse para que Pio VI⁷³⁵ se referisse a ele como “*os direitos que contradizem a religião e a sociedade*”?

Os direitos humanos reconhecidos na Carta da ONU ou aqueles dos quais fez apologia Jacques Maritain, são, substancialmente, os mesmos proclamados pelo humanismo racionalista desde a Revolução Francesa, com primazia na liberdade individual, sem mais regra que ela mesma, e a ideia de que todos os homens nascem livres e iguais em direitos, sem atenção a méritos ou *status* individuais. Essas são, segundo o autor, as matrizes que Jacques Maritain concebeu como garantias da liberdade e da emancipação da pessoa.

Se os direitos proclamados na Revolução Francesa implicaram uma espécie de vitória política do racionalismo, outra de suas matrizes, a proveniente do nominalismo - o individualismo político e jurídico - não teria, todavia, tanto desenvolvimento ou concreção prática, pois as revoluções tardam séculos para romper os tecidos resistentes da cristandade.

Desde o pós-guerra, afirma Alejandro Maldonado Ardóñez, como aprofundamento da revolução cultural, o individualismo se converte em um personalismo, e este, à sua

⁷³⁴ Op.cit., pp.98-99.

⁷³⁵ Pio VI. *Adeo nota*, 23 de abril de 1791, dirigida aos bispos do sul da França.

vez, implica a afirmação de alguns direitos humanos, imanes da pessoa, que primam, no sistema jurídico e político, sobre as realidades e bens políticos naturais, ao ponto de constituírem o próprio conteúdo da ética e da justiça (Dworkin, Alexy etc), impondo modelos que o autor considera artificiais à sociedade e que levam a humanidade ao abismo niilista da autonomia construtivista, na qual há ausência absoluta de todo dado prévio e de todo estatuto ontológico das coisas e do homem.

A conexão direta que existe entre a exaltação da pessoa e os direitos humanos pode se resumir, nessa visão que Alejandro Maldonado Ardóñez considera deturpada, em que a pessoa é “um todo dona de si mesmo”, expressão máxima da liberdade. Nesse ordem de ideias, se a cidade está a serviço dessa pessoa - é um fim em si mesma -, se os fins dessa pessoa não forem os mesmo fins da cidade, então, os direitos da pessoa surgem como um escudo contra a interferência indevida da cidade e de terceiros sobre a pessoa, com a reafirmação desse escudo de proteção à sua liberdade como regra.

Em definitivo, essa concepção de direitos humanos que mostrou, em perspectiva, como consequência do *personalismo*, sustenta Alejandro Maldonado Ardóñez⁷³⁶, e terminou destruindo o conceito de sociedade e, por conseguinte, de *bem comum*.

Depois de sustentar que a desintegração do *bem comum* está diretamente relacionada com o desconhecimento de sua supremacia sobre o conceito distorcido de *bem individual* ou de interferência sobre o indivíduo, *o qual implica entender a pessoa como um todo, como uma totalidade, que se basta a si próprio, e cuja existência se esgota em seu bem*, em postura crítica, Alejandro Maldonado Ardóñez procede a uma análise do que entende por *livre desenvolvimento da personalidade* enquanto expressão jurídica do *personalismo*.

Diz ele que, em nossos dias e nas cortes constitucionais, o personalismo tem se plasmado no denominado “direito ao livre desenvolvimento da personalidade”. Seu sentido é o de assegurar à pessoa a realização de seus desejos e de seus projetos por meio do Estado, conferindo a ela os direitos que tal desenvolvimento demanda.

Refere que um socialista francês do Século XIX, Charles Fourier, pressagiando essa apoteose vitalista-personalista, afirmava: “*a paixão, que temos aprendido a ver como ‘o mal’, é, de fato, virtualmente, o princípio divino. Os seres humanos são estrelas microscópicas, e todas as paixões e desejos (incluindo fetiches e as perversões) são, por natureza, não somente boas, senão que necessárias para a realização do destino dos*

⁷³⁶ Op.cit., p.100.

humanos. As paixões são impulsos e necessidades que podem ser desenvolvidas”⁷³⁷. E, desenvolvida ilimitadamente, bem que poderíamos batizá-la como a liberdade, ou como o domínio da Lei Fundamental de Bonn, o livre desenvolvimento da personalidade.

O livre desenvolvimento da personalidade apareceu pela primeira vez na Lei Fundamental da Alemanha de 1949 e, como é sabido, essa Lei Fundamental influenciou profundamente as diversas constituições posteriores, ao que não escapou, destaca o autor, a Constituição da Colômbia de 1991, na qual a *lei moral* já não aparece como limite da liberdade; destaca que o artigo 16 da Constituição Colombiana dispõe que “*Todas as pessoas têm direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, sem mais limitações para além das que se impõem os direitos dos demais na ordem jurídica*”, e que essa consagração inicial de uma pura liberdade psicológica ou de livre alvedrio foi posta como regra para assim projetá-la progressivamente à revolução, com a qual se conformou o que se conhece por liberdade negativa.

Ainda, que essa liberdade foi progressivamente ganhando amplitude, em uma dialética libertadora, rompendo limites, até que suas versões mais contemporâneas, nas quais desaparece, por exemplo, a referência à lei moral ou à ordem constitucional, e é substituída por formulações ao menos literalmente vazias (se bem que, filosoficamente, aquelas de 1949 já o eram) como “*os direitos dos demais*” que aparecem na Constituição Colombiana de 1991.

Suscitando ensinamento de Liliana Irizar, afirma que, assim, temos uma liberdade entendida como absoluta e uma compreensão de personalidade e de direitos humanos desgarrada da essência do homem. Em plena consonância com essas convicções, chegou-se a aceitar que a liberdade absoluta de que goza cada indivíduo lhe confere o direito de escolher qualquer via, a que a preferir, para desenvolver sua personalidade, conquanto, nessa perspectiva, qualquer caminho é válido para se desenvolver individualmente, desde que essa via seja de fato de liberdade.

Acrescenta Alejandro Maldonado Ardóñez, que não é só a eleição de qualquer via para o desenvolvimento da sua personalidade; é que o conceito mesmo de personalidade

⁷³⁷ A citação é de Peter Lamborn Wilson, conhecido pelo pseudônimo de *Hakim Bey*, escritor, teórico libertário, ensaísta e um “anarquista ontológico” (apocalíptico e místico), como ele próprio se intitulava - que defendeu, em várias obras, a guerrilha simbólica e midiática contra as corporações e meios de comunicação homogêneos, tendo, inclusive, cunhado a expressão “*Terrorismo Poético*”, converteu -se em um dos grandes teóricos do Anarquismo do final do Século XX e Século XXI -, e costumava comentar o comunismo experimental de Charles Fourier (1782-1837), um dos filósofos do socialismo utópico do Século XIX, socialista francês e crítico ferrenho do economicismo e do capitalismo assim como opositor da industrialização, da civilização urbana, do liberalismo e da família.

já é problemático, e mais problemático ainda é a determinação dos fins e da natureza na liberdade.

Nesse contexto, o autor procede à análise de alguns casos jurídicos decididos na Colômbia envolvendo o tema de sua abordagem, assumindo que o *personalismo* e a ideia de *livre desenvolvimento da personalidade* têm servido como *instrumento demolidor de toda a tradição colombiana e de sua identidade cultural*, porquanto o *personalismo contemporâneo tem obrado como princípio orientador da ordem jurídico-política colombiana*. E emprega a palavra “demolidor”, por entender que um direito construído ou estendido a garantir toda classe de liberdades, é um direito sem razão, arbitrário, pois carece de todo critério normativo de responsabilidade.

E em face do que se poderia chamar de como a institucionalização da anarquia política, um passo da sociedade à tribo, ou, como já dissera em outro lugar, a institucionalização do princípio da guerra, pois o estado de natureza (sua ficção) subsiste, agora, no interior do Estado, que se converte em procurador da anarquia, no garante da guerra. O *Niilismo* e o *Totalitarismo* são duas faces da mesma moeda criada e mantida em circulação pelo *personalismo*, no entender do autor.

Com todas as vênias, sem prejuízo de nossas próprias críticas ao *personalismo* de Jacques Maritain, a leitura do *personalismo* feita por Alejandro Maldonado Ardóñez e por aqueles que perfilam a mesma ideia é completamente deturpada, pois, em qualquer viés do *personalismo*, ele enfatiza na própria concepção de pessoa humana uma dimensão individual e social do ser humano e que, ao revés do sustentado pelos doutos dantes referidos, impõe deveres fundamentais autônomos ao indivíduo e a todos os estratos de vida social, cominando responsabilidades a cada um para o destino de nossos semelhantes, com os quais compartilhamos uma mesma humanidade, sustentando ser possível a construção de um *bem comum* à razão humana, segundo uma perspectiva de desenvolvimento da personalidade também pelo desenvolvimento da comunidade, a ponto de Gabriel Chalmeta⁷³⁸ descrever o *bem comum* como um *princípio personalista de justiça política*, imediatamente decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ao contrário de idolatrar a liberdade individual, Jacques Maritain⁷³⁹, em leitura própria do *personalismo*, afirma que o *bem comum* significa “boa vida humana da multidão, duma multidão de pessoas; é a sua comunhão no bem-viver; é, portanto,

⁷³⁸ Chalmeta, Gabriel. *Ética Social: Familia, Profession y Ciudadania*. Pamplona: Eunsa, 2003, p.196.

⁷³⁹ Inn *La Persona y el bien común*. Rio de Janeiro: José Olímpio, 1967, Buenos Aires: Club de Lectores, 1981, p.72.

comum ao todo e às partes, sobre as quais se derrama e que devem se beneficiar dele; com risco de se desnaturar a si mesmo, implica e exige o reconhecimento dos direitos fundamentais das pessoas (e dos direitos da sociedade familiar, em que as pessoas estão comprometidas mais primitivamente que na sociedade política): comporta como valor principal a mais alta acessão possível (isto é, compatível com o bem todo) das pessoas à sua vida de pessoa e à sua liberdade de expansão... Supõe as pessoas e derrama-se sobre elas e, neste sentido, realiza-se nelas”.

Para o mesmo autor, “o que constitui o bem comum da sociedade política não é, pois, somente o conjunto dos bens ou serviços de utilidade pública ou de interesse nacional (estradas, portos, escolas, etc.) que supõe a organização da vida comum, nem as boas finanças do Estado, nem o seu poder militar; não é somente o conjunto de leis justas, de bons costumes e de instituições capazes que dão a sua estrutura à nação; nem a herança das suas grandes recordações históricas, dos seus símbolos e das suas glórias, das suas tradições vivas e dos seus tesouros de cultura. O bem comum compreende todas estas coisas, mas muito mais ainda, e no mais profundo, mais concreto e mais humano: porque envolve também, e antes de tudo, a própria soma (...), envolve a soma ou integração sociológica de tudo o que há de consciência cívica, de virtudes políticas e de sentido do direito e da liberdade, e de tudo o que há de atividade, de prosperidade material e de riquezas do espírito, de sabedoria hereditária inconsciente posta em acção, de rectidão moral, de justiça, de amizade, de felicidade e de virtude, e de heroísmo, nas vidas individuais dos membros da comunidade, enquanto tudo isso é, numa certa medida, comunicável, e recai também numa certa medida sobre cada um, ao mesmo tempo em que auxilia assim cada um a contemplar a sua vida e a sua liberdade de pessoa. É tudo isso que faz a boa vida humana da multidão”.

Em boa verdade, as críticas a ele dirigidas, consoante acima abordamos, decorrem do fato e da inconformidade de ele fundar a sua teoria, na razão humana e na dignidade que dela decorre imediatamente.

Jacques Maritain argumenta que, “...em razão da sua ordenação para o absoluto e enquanto é chamada a um destino superior ao tempo, ou seja, segundo as mais elevadas exigências da personalidade como tal, a pessoa humana, como totalidade corporal e espiritual referida ao Todo transcendente, ultrapassa todas as sociedades temporais e é-lhes superior; sob este ponto de vista, isto é, das coisas que não são de César, é à realização perfeita da pessoa e das suas aspirações supratemporais que a própria sociedade e o seu bem comum estão subordinados, como a um fim de uma

outra ordem e que os transcende. (...) O bem comum da vita civilis [vida civil] é um fim último, mas um fim último 'secundum quid' [segundo o qual] e numa dada ordem. Perde-se, se se fecha em si mesmo; é de sua própria natureza favorecer os fins superiores da pessoa humana, a vocação da pessoa humana para bens que o ultrapassam está inviscerada na essência do bem comum. Desconhecer estas verdades é pecar simultaneamente contra a pessoa humana e contra o bem comum."

Em sua obra *La Persona y el Bien Común*⁷⁴⁰, Jacques Maritain inclusive adverte que o *bem comum* deixa de ser o que é se não retorna às pessoas e se redistribui entre elas e, ainda, não manterá a sua natureza se não respeitar aquilo que é superior a ele, notadamente, se referindo à própria dignidade da pessoa humana de onde extrai o referido princípio.

O *bem comum*, ao nosso modo de ver, não decorre de uma construção ou definição divina. Antes, ele integra o próprio conceito de pessoa (individual, em primeira linha, mas, necessariamente social) e, por conseguinte, o conteúdo da dignidade da pessoa humana que lhe é imanente, a par de exigir a democracia como regime e condição para a sua efetivação.

Seu fundamento e sua efetivação decorrem da *solidariedade*, que afirmamos em capítulo anterior, uma forma de expressão da *justiça*, que se realiza por meio de deveres fundamentais autônomos, não apenas dos indivíduos para com os indivíduos, como para outros estratos da vida coletiva, bem como dos próprios poderes públicos e poderes privados em relação aos extratos menos abrangentes da vida em sociedade, impondo uma Ética que fale da melhor conduta no relacionamento entre as pessoas na sociedade, e que, na Política, fale da melhor conduta na organização e na execução do poder nessas mesmas sociedades, que não pode mais ser concebida conforme cruamente mostrada por Maquiavel⁷⁴¹, como consubstanciada na luta do poder, pela conquista e pela manutenção do poder, tal qual ocorre na guerra, onde o importante é ganhar e, para ganhar, já não é preciso respeitar qualquer ética.

Falamos aqui de um *personalismo* que coloca a pessoa na centralidade de sua filosofia, um *personalismo* apto a constituir os fundamentos e os fins não só da Política (nacional e internacional), mas do próprio fenômeno constitucional, do Constitucionalismo, do Estado de Direito e do próprio Direito. Um *personalismo* que repudia o poder político monopolizador do *bem comum*, submisso a uma divindade, mas

⁷⁴⁰ MARITAIN, Jacques, in *La Persona y el bien común*. Rio de Janeiro: José Olímpio, 1967, Buenos Aires: Club de Lectores, 1981, p.68.

⁷⁴¹ Aliás, quando o Brasil recém estava sendo descoberto pelos Portugueses.

que se subordine, invariavelmente, à pessoa humana e sua dignidade imanente, da qual decorre o *bem comum*, notadamente em razão de sua condição necessariamente social.

Falamos especialmente de uma Política que necessariamente vise ao bem da comunidade, com o melhor arranjo possível dos processos e das regras de convivência entre as pessoas nessa mesma sociedade, na busca da justiça e do bem-estar (embora não apenas isso) de todos, com decisões tomadas a partir da dignidade da pessoa humana, individualmente perspectivada, com precedência, em nossa compreensão, na sua dimensão individual, mas, constitutiva e necessariamente, social do ser humano, uma vez que cada um de nós necessita do outro para realizarmos todas as nossas potencialidades humanas, porque não se reduzem à mera existência física.

Ainda, falamos de uma Política e de um Direito que não se pautem por nenhuma neutralidade nesse sentido (no que concerne à centralidade, ao respeito e à promoção da pessoa humana), nem que atue no uso dos meios sem discussão dos fins, porque estes fins continuam a pertencer à Filosofia, uma ordem em que a pessoa humana assume sempre primazia, uma vez que já não se pode, no Terceiro Milênio, aceitar uma mera invocação da grandeza ou a bondade dos fins para utilização de quaisquer meios, ou seja, sem ética, frente à condição humana, o que se afirma tanto na Política, como no Direito, especialmente num quadro em que só o Poder Constituído tem o direito reconhecido do uso da violência para fazer cumprir as suas leis, como se viu no Tribunal da História. Não pode comportar, portanto, um conteúdo conformado ou reduzido à ideia de “interesse público”, porque o interesse a limitar a atuação do Poder e do Direito é a pessoa humana e a ordem de valores superiores que dessa condição se extrai.

E nessa visão *personalista*, perfilamos o entendimento de Wambert Gomes Di Lorenzo⁷⁴², quando afirma que “*só a partir da pessoa humana o bem comum torna-se inteligível. Se, para o Estado, ele é o fim, em relação à pessoa ele é um meio privilegiado de seu aperfeiçoamento e requer a realização de direitos e deveres sem os quais a dignidade da pessoa humana tornar-se-ia mera alegoria*”, compreendendo que não há que se afirmar uma plenitude isolada, a despeito de uma sociedade ou de um corpo político. Por isso, em seu entendimento, “sem o bem comum, a plenitude se tornaria uma fábula”.

⁷⁴² In *Teoria do Estado de Solidariedade*, p.71.

Johannes Messner⁷⁴³ definiu o *bem comum* como “*uma realidade social com categoria supraindividual de ser e de valor, em virtude das pluralidades dos membros da sociedade que dela dependem no seu ser humanamente perfeito*”, em oposição ao bem particular que referiu como “*uma realidade com categoria de ser e valor suprassocial, própria da pessoa humana*”.

Parece uma obviedade dizer que o *bem comum* pode ser compreendido como o bem de todos. Porém, no que tange ao conteúdo e modo de manifestação, a expressão serviu a alguns equívocos. Não raro, esse conceito foi confundido com o bem do todo ou com a soma individual dos bens particulares, quando, em verdade, ele se ocupa, primordialmente, do bem de um e de todos.

O *bem comum* não se reduz à ideia de bem-estar público⁷⁴⁴, e também não exige que os membros de uma sociedade tenham os mesmos valores e objetivos. Porém, ele é lugar comum de bens próprios da natureza humana e obriga a comunidade a garantir as condições para realização dos valores pessoais, sem assumir como seus esses fins individuais, anota, uma vez mais, Wambert Gomes Di Lorenzo⁷⁴⁵, porquanto que tais bens correspondem a necessidades que revelam as insuficiências do indivíduo, da família ou mesmo das comunidades, na realização ou no subsídio do meio de realização dos fins últimos.

A Filosofia Moderna, especialmente em decorrência do racionalismo cartesiano que a informou e a Filosofia Contemporânea, em suas vertentes liberal-individualista ou social-coletivista, produziram uma *aparente* dicotomia entre o *bem comum* e o bem individual, ou seja, operando como se o bem de todos e o bem da parte fossem excludentes entre si ou inconciliáveis, quando, em verdade, não o são; basta, para esta conclusão, compreender os elementos essenciais que integram a condição de pessoa

⁷⁴³ In *Ética Social: o Direito Natural no Mundo Moderno*. São Paulo: EDUSP, s/d, pp. 196-197.

⁷⁴⁴ John Mitchell Finnis enumerou, de forma até bem razoável, esses fins como sendo a vida, o lazer, a experiência, a estética, a amizade, a religiosidade e a razão prática. Há outras enumerações, mas não estamos aqui atrás de um rol hermético, porque não acreditamos que seja possível, *a priori*, estabelecer uma lista *numerus clausus*, na medida em que o próprio homem, com referiu José de Oliveira Ascensão, é um “projeto a realizar”, no sentido de estar em constantes aprimoramentos e implicar uma busca permanente de bens humanos, sejam morais, sejam espirituais, sejam de liberdade e autonomia. Vale, a propósito, lembrar, que também o conceito de *dignidade da pessoa humana* não é fechado nem tem um conteúdo encaifado; ao revés, possui um conteúdo mínimo e acessível a melhoramentos. Jamais caberá em um livro cerrado. E, por conseguinte, o conceito de *bem comum* que, por isso, não se contém em uma lista enclausurada a integrar esse conjunto de condições a propiciar que cada um e todos tenham possibilidades de viver uma vida digna, até porque isso irá depender de outras conjunturas específicas de cada sociedade, como, por exemplo, a conjuntura econômica e cultural.

⁷⁴⁵ Op.cit., pp.71-72.

humana, como o conteúdo de sua dignidade imanente, do qual decorre imediatamente o *bem comum* para desfazer essa aparência.

Já na Antiguidade, Aristóteles identificava o *bem comum*⁷⁴⁶ como um interesse mútuo, porquanto o compreendia como fundado na *reciprocidade*, e as próprias leis da *pólis* só eram consideradas justas na medida em que assumissem como finalidade o bem de toda a coletividade. Logo, desde os primórdios, a noção de *bem comum* traduz a ideia de alteridade, de construção conjunta, de imbricação e de cooperação para um fim comum.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, Yves Gandra da Silva Martins Filho⁷⁴⁷ sustenta que o Princípio do *bem comum* constitui um dos temas centrais da Ética Social, peça que reputa essencial para fundamentar qualquer teoria social. A seu ver, não configura um princípio meramente formal, nem demasiadamente genérico ou teórico, sem conteúdo determinado; antes, um princípio objetivo, que decorre da natureza das coisas e possui inúmeras consequências práticas para o convívio social. Buscando defini-lo, o autor procede em torno dele a uma análise na perspectiva filosófica aristotélica-tomista e, portanto, seguindo a tradição da filosofia grega e escolástica-medieval que Wilhelm Leibniz⁷⁴⁸, em 1686, denominou *philosophia perennis* (em seu “*Discurso de Metafísica*”).

E o autor tem em conta que essa perspectiva se justifica porque, em seu entendimento, tanto a filosofia moderna, especialmente a partir do nominalismo e do racionalismo cartesiano⁷⁴⁹, como a filosofia contemporânea, em suas vertentes *liberal-individualista* e *social-coletivista*, acabaram conduzindo a uma aparente dicotomia entre o *bem comum* e o *bem individual*, conforme destacado por Johannes Messner⁷⁵⁰, ao aduzir que “a teoria social do individualismo partiu do individualismo como ser acabado em si mesmo e em si mesmo exclusivamente baseado quanto ao seu valor; mas nunca chegou realmente a um conceito de comunidade enquanto realidade portadora de uma essência, valor e fim superiores ao indivíduo...Em contrapartida, a teoria social de todas as formas de coletivismo parte do ser da sociedade, tomando-o por valor primário e incondicionado, mas sem compreender jamais a realidade total da pessoa humana, com seus fins suprassociais e o seu valor de ordem suprassocial”.

⁷⁴⁶ In *Política*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martim Claret, 2003, pp. 22 e s.

⁷⁴⁷ MARTINS FILHO, Yves Gandra da Silva, in *Revista do TST*. Brasília, vol. 66. nº 2, abr/jun, 2000.

⁷⁴⁸ LEIBNIZ, Wilhelm Gottfried. *Discurso da Metafísica*. São Paulo: Editora Ícone, 2004, p.69.

⁷⁴⁹ Como ressaltaram Antiseri, Dário e Reali, Giovanni, in *História da Filosofia*. São Paulo: Paulinas, 1990, p.455.

⁷⁵⁰ MESSNER, Johannes. *Ética Social*. Quadrante-EDUSP: São Paulo, sem data, p.10.

Yves Gandra da Silva Martins Filho, inicialmente, se vale de lição de Alceu Amoroso Lima⁷⁵¹, que define o *bem comum* como a “alma” da solidariedade e esta, à sua vez, como o princípio constitutivo de uma ordem verdadeiramente humana, e não meramente aristocrática, burguesa ou proletária. É um princípio que deriva da condição naturalmente social do ser humano, assumindo que existem três estados naturais do homem e que explicam sua condição individual ao mesmo tempo em que social: a existência, a coexistência e a convivência.

Nessa ordem de ideias, o mesmo autor acima mencionado⁷⁵² aponta 5 noções básicas que entende devam sempre ser aprofundadas como instrumental indispensável para a compreensão do *bem comum*. São elas: a) a noção de *finalidade*; b) a noção de *bondade*; c) a noção de *participação*; d) a noção de *comunidade*; e, e) a noção de *ordem*.⁷⁵³

E dentro de sua proposta de desenvolver o *bem comum* numa perspectiva aristotélica-tomista, Yves Gandra da Silva Martins Filho vai resgatar as ideias de causa material (do que a coisa é feita), causa formal (a essência da coisa e que a distingue das demais), causa eficiente (origem ou o motor que coloca a coisa em movimento) e causa final (o fim ou o objetivo da coisa) sobre as quais discorreremos por ocasião da abordagem do processo de afirmação histórica da solidariedade nos desenvolvimentos aristotélicos.

Dessas quatro causas possíveis na liturgia aristotélica, é a causa final aquela que melhor explica o ser da coisa, para que ela serve ou a qual fim que ela existe. Isso é crucial para entender o *bem* (ou a bondade da coisa), pois é pela identificação dos fins (da finalidade) que iremos compreendê-lo, saber quando a coisa cumpre bem os seus fins.

A partir dessa compreensão, Yves Gandra da Silva Martins Filho vai se socorrer da lição de São Tomás de Aquino, em sua Suma Teológica, onde o Filósofo Cristão define como “Bem” aquilo que a todos apetece, e apetece porque possui em si uma perfeição atrativa. Nesse contexto, o bem é o fim que é buscado pelo agente, porque o atrai.

Ao escólio do aludido autor⁷⁵⁴, quando Aristóteles desenvolveu a antiga dicotomia existente entre as posturas de Heráclito (tudo é devir, pois tudo é movimento) e

⁷⁵¹ LIMA, Alceu Amoroso, in *Introdução à Encíclica ‘Mater et Magistra’*, do Papa João XXIII. Tradução de Luiz José de Mesquita. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1963, p.44.

⁷⁵² LÓPEZ, Jesús García. *EL Bien*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1996, p.22.

⁷⁵³ CARDONA, Carlos. *La Metafísica del Bien Común*. Madrid: Rialp, 1966, p.49.

⁷⁵⁴ Op.Cit., p. 32.

Parmênides (o movimento é ilusão, eis que tudo é estático), desenvolveu, em realidade, uma teoria *helimórfica*, diferenciando duas formas de ser: o *ser em ato* e o *ser em potência*, respectivamente. Assim, segundo o Estagirita, explica o bem como causa final que atua no ser. Desse modo, perfeito é o ente que está em ato, que tem todas as perfeições que lhes são próprias. Se alguma dessas perfeições lhe falta, a faltante se encontra nele em potência de adquiri-la.

Desse entendimento, o autor extrai que a perfeição atua como fim para o qual tende o ente (o ser): o bem que ele busca possuir. Então, concluir que, primeiro e principalmente podemos chamar de *bem* ao ser aperfeiçoado de outro modo de fim.

Seguindo esse raciocínio, quanto mais perfeito e universal for esse fim, mais seres humanos ele irá atrair. O *ser perfeito*, tal doutrina irá dizer que o é por essência. Já o que não é perfeito, mas tem perfeições, dirá que o é por *participação*. Lógico: o que é totalmente algo não participa desse algo, senão é esse algo por essência. Por outro lado, se não é totalmente algo, então, se algo tem dele, participa dessa essência.

Então, o que seria algo que não participa de uma essência?

Yves Gandra da Silva Martins Filho⁷⁵⁵ ensina que, etimologicamente, *participar* provém do latim “*partem capere*”, significando *tomar parte em*. Porém, compreende que a melhor noção de participação provém de sua etimologia grega, que traduz a ideia de *ter conjuntamente* ou *ter com o outro*, de onde extrai dois sentidos básicos da palavra *participação*, um *material* (de origem latina, compreendendo dividir um todo material entre aqueles que dele participarão, em que o todo desaparecerá e cada sujeito participante terá uma parte do objeto participado, guardando uma relação apenas histórica com o antigo todo) e outro *espiritual* (de origem grega, de ter parcialmente o que o outro possui integralmente: uma alegria que é plena no sujeito que obteve uma vitória, é participada em menor intensidade naquele que recebe a comunicação da vitória e com ela se alegra, sem que a participação diminua a alegria do sujeito que objete a vitória, antes, a tem aumentada).

Nisso se expressam duas espécies de ordens: uma ordem das partes entre si (*intrínseca*); e outra, uma ordem do todo ao fim (*extrínseca*): a primeira se subordina à segunda, assim como as partes se subordinam ao todo. Só há uma ordem interna, aquela das partes entre si se as partes convêm num fim ordenador comum (externo), na medida em que, nessa leitura, a própria ordem do Universo somente se explica em face dessa dupla ordenação.

⁷⁵⁵ Op.cit., pp.32-33.

Dessa estrutura de pensamento, uma vez mais, destaca-se uma postura que encontra em Deus o último fim da Criação e o *bem mais comum* de todos os seres, nele repousando o princípio ordenador do Universo. “*Se não houvesse essa ordenação de todos a esse Fim Último e Bem Supremo, não formaríamos uma comunidade, nem haveria relação ordenada entre os homens*”, como sustentou São Tomás de Aquino, em sua *Summa Teológica*.

É nesse mesmo sentido que Santo Agostinho preconizou que “*o objetivo que une os homens em sociedade e determina o modo como se organizarão é o bem comum que pretendem alcançar, que se dirige do bem particular buscado por cada indivíduo isoladamente, e que se divide, basicamente, em duas espécies*”⁷⁵⁶, quais sejam: os bens temporais e os bens sobrenaturais.

Nisso repousa a ideia de que há uma hierarquia dos bens que podem ser buscados pelos indivíduos (espirituais e materiais, morais e intelectuais) de acordo com a ordem dos fins existenciais próprios da natureza humana (fim último sobrenatural colocado acima de todos os fins meramente naturais).

Advém, assim, a conclusão de que “*nenhum indivíduo possa alcançar seu fim particular senão como parte ou coparticipe de um todo no qual está inserido. Daí que apenas colaborando na consecução do fim comum e ajudando aos demais membros da comunidade a alcançar o seu bem particular é que se atinge o próprio bem, uma vez que se trata de um bem comum*”.⁷⁵⁷

Nesse cenário, *bem comum* nada mais é do que o próprio bem particular de cada indivíduo, enquanto este é parte de um todo ou de uma comunidade: “*o bem comum é o fim das pessoas singulares que existem na comunidade, como o fim do todo é o fim de qualquer das suas partes*”⁷⁵⁸. O bem da comunidade é o bem do próprio indivíduo que a compõe. O indivíduo deseja o bem da comunidade na medida em que ele representa o seu próprio bem, de forma a superar qualquer dicotomia neste aspecto, pois o bem dos demais não é alheio ao bem próprio.

As proposições permitem afirmar um modo de ver o *bem comum* que pode ser lido numa acepção *transcendente* (externo e eterno), cuja finalidade última buscada por qualquer sociedade é a Glória de Deus e a felicidade dos homens; e numa acepção *imanente* (interna e temporal), importando na ordenação das partes da sociedade

⁷⁵⁶ Santo Agostinho. *De Civitate Dei*. Liv, XI, XV, XVIII, XIX e XXII.

⁷⁵⁷ São Tomás de Aquino, in *Sententiarum Magistri Petri Lombardi Expositio*, IV, d. 19, q.2.a.2, ad 1.

⁷⁵⁸ São Tomás de Aquino, in *Summa Teológica*. 2-2, q.58, a, 9 ad 3.

visando ao fim último (condições e meios para que os membros dessa sociedade possam alcançar seus fins particulares).

E o bem particular, nesse contexto, aquele buscado por cada membro da sociedade será, em última análise, a própria felicidade que, nessa lógica, só se alcança com o perfeito aquietamento do apetite, é dizer, quando nada mais houver a desejar. Esse raciocínio é arrematado pela compreensão de que o objeto formal de nossa vontade é o bem, sem limitações, e não este ou aquele bem. Entretanto, *há um único bem universal capaz de saciar essa vontade plenamente*, no dizer de Santo Agostinho⁷⁵⁹, pois um bem é tanto mais bem quando constituir-se em um bem para mais pessoas.

Essa estrutura de pensamento leva Yves Gandra da Silva Martins Filho⁷⁶⁰ a sustentar que a noção de *interesse público* é a fim da noção de *bem comum* acima estruturalmente desenvolvida, pois compreende que o princípio ético do *bem comum* corresponde ao princípio jurídico do interesse público.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁷⁶¹ explica que “*interesse é a relação existente entre uma pessoa e um bem, na qual este se mostra capaz de satisfazer uma necessidade daquela*”. A etimologia latina da expressão é a chave para apreender, em arremate, o seu significado: “inter” (entre) + “esse” (ser) = “interesse” (ser entre), permitindo definir interesse como a ponte entre o sujeito e o bem - aquilo que os relaciona entre si -, onde o sujeito busca aquilo que elege como um bem capaz de satisfazê-lo.

No tópico, Yves Gandra da Silva Martins Filho⁷⁶² também irá se socorrer das lições aristotélicas para uma compreensão consentânea, a seu juízo, de “interesse”: cuida-se da distinção entre o bem *simpliciter* e o bem *secundum quid*.

O *simpliciter* é aquele considerado de forma absoluta, ou, se preferir, um dos transcendentais elencados por Aristóteles, como facetas do ser: o ser, enquanto passível de ser conhecido por uma inteligência é verdadeiro; enquanto passível de uma vontade é bom. Assim, todo ente, pelo simples fato de existir, é bom, isto é, possui uma bondade intrínseca, o que o torna capaz de ter sido como um bem por algum sujeito.

Já por bem *secundum quid* podemos compreendê-lo como aquele que tem adequação à perfeição exigida por determinada natureza. Desse modo, os bens mais

⁷⁵⁹ In *Confissões*. Liv. I, Cap.I.

⁷⁶⁰ Op.cit., p.35.

⁷⁶¹ Ferraz Júnior, Tércio Sampaio. *Interesse Público*. In *Revista do Ministério Público do Trabalho em São Paulo*. São Paulo: IMESP, 1995, pp.9-20.

⁷⁶² Op.cit., pp.35-36.

próprios à natureza racional do homem são os da ordem espiritual, observando que a natureza meramente animal exige exclusivamente bens de ordem material.

Assim, como manifestação volitiva de um sujeito em relação a um bem, o interesse, no dizer de Yves Gandra da Silva Martins Filho⁷⁶³, apanha-o em sua faceta transcendental (de *simpliciter*). Compreende uma busca de interesse privado que pode, ou não, coincidir com o bem *secundum quid*, conjectura em que teremos o encontro do *bem particular*. São, enfim, aqueles bens próprios do sujeito que o busca adequado à sua natureza e sendo ele capaz de satisfazê-lo e aperfeiçoá-lo.

Se, por outro lado, quando o sujeito que busca esse bem é uma comunidade, então se estará diante daquilo que se denomina “interesse público”. Ele aparece como a relação entre a sociedade e o bem comum que ela almeja, buscado por aqueles que, nessa comunidade, estão investidos de autoridade.

Por isso, no entender do autor retro, cabe ao agente da vontade estatal, assim legitimado numa sociedade politicamente organizada, promover o *bem comum*, externando, por meio de comandos e ações, o *interesse público*. Ressalva o autor, que esse *interesse público* pode não coincidir com o *bem comum*, e que isso ocorrerá sempre que o Direito Positivo entrar em descompasso com o Direito Natural, é dizer, quando a lei positiva emanada de uma autoridade legitimada for de encontro aos *direitos humanos fundamentais* inalienáveis e que não cabem ao Estado outorgar, mas apenas reconhecer, como pré-existentes, porquanto inerentes à dignidade humana.

Yves Gandra da Silva Martins Filho sublinha, com propriedade, que a moderna “Teoria dos Interesses” veio, inclusive, a ampliar os interesses existentes em uma sociedade, fixando uma gradação entre o interesse público e o privado, que inclui as noções de interesse difuso, interesse coletivo e interesse individual homogêneo.⁷⁶⁴

Nesse diapasão, *interesse público* será aquele que diga respeito a toda a coletividade (exemplo: segurança pública); *interesse difuso*, aquele que afeta parcela indeterminada da sociedade (como ocorre em relação ao meio ambiente, aos direitos do consumidor, aos direitos dos idosos, aos direitos dos portadores de necessidades especiais, para ficar em poucos exemplos); *interesse coletivo*, aquele que afeta um grupo determinado em uma sociedade (as condições de trabalho numa empresa, exemplificativamente); *interesses individuais homogêneos*, aqueles que dizem respeito a

⁷⁶³ Op.cit., p.36.

⁷⁶⁴ Essa gradação foi adequadamente abordada por GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.), in *A Tutela dos Direitos Difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, pp. 25 e s.

pessoas em situações semelhantes (exemplo, inobservância de normas de segurança por uma empresa); e, *interesse privado*, aquele que diga respeito exclusivamente ao indivíduo (o reconhecimento da paternidade por meio do exame de DNA).

Nessa ambiência, o autor procede a uma leitura, segundo a qual sustenta a primazia do *bem comum* sobre o *bem individual*, por entender, na perspectiva aristotélica-tomista, que o *bem comum* é a potencialização do *bem particular*, segundo a lógica de que o bem de muitos é melhor do que o bem de um só, na proposição segundo a qual, se cada componente de uma comunidade é bom, o conjunto desses componentes é ótimo e acresce ao bem particular de cada um em prol da perfeição do conjunto, razão pela qual se deve preferir o *bem comum* ao *bem próprio*, na esteira do preconizado por São Tomás de Aquino, em sua *Summa Teológica*, onde profetiza que, quando amamos o bem em toda a sua integralidade, é quando melhor nos amamos a nós mesmos.

Isso também decorre do entendimento do Aquinatense no sentido de que, quando se busca o bem comum, necessária e conseqüentemente se busca o próprio bem, pelo benefício que a parte recebe do todo, porquanto o *bem comum* intenta permitir a consecução de seus bens particulares, sendo, entretanto, superior a estes, uma vez que o bem particular de um indivíduo não pode ser buscado em detrimento do *bem comum* da sociedade.

Seguindo a perspectiva aristotélica-tomista, para além do pensamento já desenvolvido, importa registrar que ele admite a primazia do bem espiritual sobre o bem material, uma vez que a comunhão nos bens espirituais (ou sobrenaturais) não possui um limite quantitativo, ao passo que, relativamente aos bens materiais, há limitações decorrentes da participação, porque quantitativamente limitados.

Nisso vai a proposição no sentido de que a abundância de bens materiais (que só tem um valor instrumental para a felicidade do homem) apenas qualifica como boa a política adotada numa sociedade, porque o *bem comum* não se reduz a um conjunto de bens materiais de uso público. Daí que o fim da sociedade política deva ser apenas propiciar a que o homem possa alcançar a sua bondade existencial e fazer o bem, agindo virtuosamente, segundo uma visão ou uma teoria de primazia do crescimento interior, mais do que exterior. Ser homens e cidadãos melhores contribui mais para o bem da sociedade do que qualquer incremento no bem estar material, pois a felicidade, no final das contas, não está em ter, mas em ser.

Já John Mitchel Finnis⁷⁶⁵, compreendendo o *bem comum* como uma exigência da razão prática, trabalhando esse conceito, sustentou que ele pode ser definido como “*um conjunto de condições que permita que os membros de uma comunidade atinjam por si mesmos objetivos razoáveis, ou que realizem, de modo razoável, por si mesmos, o valor em nome do qual eles têm razão de colaborar uns com os outros (positiva ou negativamente) em uma comunidade*”.

A expressão *bem comum* tem trânsito mais destacado ou perceptível nas sociedades políticas, pelo seu significado frequente, ou, ao menos justificado, das expressões “bem-estar geral” ou “interesse público”. Mas ele também se aplica a outros níveis de realidade social. Basta observar o conceito acima, notando que John Mitchel Finnis quando se refere à comunidade, ele não se reporta somente à comunidade política, também abrindo a aplicação de seu conceito a outras esferas de convívio social como, por exemplo, a família, o grupo, o Estado, a Comunidade Internacional.

Com efeito, é nessa acepção política que o termo se faz sentir mais nitidamente ou dá uma noção de sua abrangência, já que, nesse âmbito, o *bem comum* é empregado, como podemos deduzir de todo o estudo empreendido, para designar o *bem supremo* das comunidades, os fins mais elevados para os quais tendem toda a comunidade política.

O conceito de *bem comum* que acima destacamos vem expresso por Wambert Gomes Di Lorenzo⁷⁶⁶, que igualmente o reconhece como um princípio personalista de justiça política imediatamente decorrente da dignidade da pessoa humana que tem, como reiteradas vezes afirmamos, uma estrutura bipartida (uma essência individual e uma essência social, em que pese não em idênticas proporções segundo a nossa percepção), unificada pela razão de existir da pessoa.

Por assim entender, o autor converge no sentido de que *bem comum* se define, efetivamente, como o conjunto de condições necessárias para que a pessoa realize a sua própria dignidade. Veja-se, aqui, que, de nenhum modo, o *personalismo*, ainda que lido como exclusivamente estruturado no pensamento de Jacques Maritain, comporta uma compreensão de que só a liberdade e o direito de autodeterminação assumem importância nessa teoria (em que pese, a nosso ver, a liberdade assuma precedência e, mesmo assim, não numa leitura absoluta, na medida em que ela convive com outros

⁷⁶⁵ In *Lei Natural e Direitos Naturais*. Tradução de Leila Mendes: São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2007, p.155.

⁷⁶⁶ DI LORENZO, Wambert Gomes, in *Teoria do Estado de Solidariedade*. Porto Alegre: Elsevier Editora, 2010, pp. 67 e s.

elementos essenciais à condição de pessoa humana, bem como constitutivos da mesma dignidade).

Ao relacionar o *bem comum* com a justiça política (que implica a realização da solidariedade), não estamos propondo que se perca de vista que essa justiça, da qual a solidariedade é uma modalidade de expressão e tem justamente por função estabelecer o que é devido a quem no âmbito político, seja a única forma de a justiça se expressar. Também somos assentes que isso não quer dizer que o *bem comum* não se aplique igualmente a outras relações sociais para além das políticas, desde as de menor como as de maior complexidade.

Deflui, desde logo, dessa diminuta abordagem doutrinária, que o *bem comum*, a nosso ver, visa ao bem de todos os homens, de todos os integrantes da raça humana. Em uma palavra: ele é a comunhão no bem viver. O *bem comum*, corolário da dignidade da pessoa humana, demanda, essencialmente, o reconhecimento dos demais seres humanos como pessoas, cada qual portadora de uma igual dignidade intrínseca e titular de direitos fundamentais, como no dever de solidariedade e responsabilidade que todos tem na conservação dessa humanidade e no apoio supletivo, a que o próprio indivíduo, segundo sua liberdade de eleição de seus fins, desenvolva a sua personalidade. Logo, a divergência é apenas de primazia nessa imbricação entre o individual e o social.

O *bem comum*, portanto, cuja realização decorre da solidariedade, reclama conjunção de esforços, união de desígnios, colaboração, cooperação; implica, em dada medida, a construção de um projeto de vida que tenha algum interesse comum, de modo que o indivíduo, ao envidar esforços nessa construção, está a realizar não só o objetivo do outro, mas está também se realizando enquanto pessoa humana.

O conceito de *bem comum*, conseqüentemente, a exemplo do conceito de dignidade, é relacional; ele se apresenta como um conjunto de condições da vida social que permitem, quer aos grupos, quer a cada um dos seus membros, atingir a sua própria perfeição ou dela se aproximar.

Logo, ao nosso sentir, é completamente equivocada a postura que preconiza que o *bem comum* está destruído, por não se poder derivá-lo de uma potestade divida, ou que o *bem comum* e o bem individual são inconciliáveis ou conceitos antiéticos. Bem examinado o seu conceito, veremos que, em verdade, trata-se de um conceito que complementa a dimensão individual do homem.

O *bem comum*, à primeira leitura, pode conduzir a um raciocínio equivocado, conforme adverte John Mitchel Finnis⁷⁶⁷, no sentido de que ele signifique o maior bem do maior número de pessoas; “*fora de contextos técnicos limitados, essa noção não é meramente inexecutável na prática, mas intrinsecamente incoerente*”, ressalta o autor, na medida em que ele é necessariamente um conceito que implica a coordenação de ações, um conjunto de condições que permite a cada um a prosseguir o seu próprio objetivo.

Em nossa leitura - com viemos afirmando ao longo desta investigação -, o *personalismo* que faz síntese, em iguais proporções das dimensões individual e social da pessoa humana, não se mostra adequado, como nenhuma outra teoria que deixe de conferir primazia à dimensão individual. Nesse âmbito, cada ser humano, individualmente, por ser dotado de consciência moral e linguagem, tem precedência na escolha dos seus fins, de definir o que é felicidade para si, cabendo-lhe *escolher* entre o *bem* e o *mal* e se determinar segundo o seu entendimento, bem como de arcar com as respectivas consequências.

Contudo, em nenhum momento dissemos ou admitimos que essa liberdade tenha caráter absoluto, tampouco afirmamos que ela configura o único elemento da condição de pessoa humana. Aliás, ao contrário, afirmamos que essa liberdade, na medida em que coloca em risco a própria existência da pessoa humana ou prejudica terceiros, comporta limitação, esta fundada em outro elemento essencial da condição humana, qual seja, a *justiça*, apta a limitar o autoarbítrio e a corrigir os danos que a escolha do mal produziu.

Já em razão da dimensão social, esta mesma liberdade comportará sempre uma restrição (função social da propriedade, do contrato, da empresa), fundada no mesmo elemento essencial da pessoa humana, que se expressa por meio da solidariedade, que se realiza com o *bem comum* e se concretiza em forma de deveres aos vários estratos da vida social de auxiliar o indivíduo na realização ou nos subsídios dos meios para realização dos fins últimos definidos por cada indivíduo.

Tendo como fundamento último a *justiça*, o dever de solidariedade somente pode existir segundo uma concepção de bem, ou seja, segundo os parâmetros da Ética. Do contrário, os vários extratos da vida social estariam obrigados a apoiar ou mesmo subsidiar os meios para realização do mal, o que não se coaduna com o fundamento último da solidariedade. Como bem lembra Roberto Saturnino Braga⁷⁶⁸, a Ética é um dever de todos os membros e organismos de uma sociedade, independente de qualquer

⁷⁶⁷ In *Lei Natural e Direitos Naturais*. Tradução de Leila Mendes. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2007, p.154.

⁷⁶⁸ Op.cit., p.73.

cálculo de resultados. Trata-se de um conjunto de normas de caráter fundacional de uma sociedade.

Vale lembrar que antes identificamos a primeira formulação de bem estar em Aristóteles, segundo o qual todas as coisas tendem para a perfeição, para a realização de um bem qualquer, de uma causa final.

Em suas especulações filosóficas, para explicar o ser das coisas, quando estudou o tema da causalidade, o Estagirita reduziu todas as possíveis causas do ser a quatro espécies que são: a) a causa material, que explica do que a coisa é feita, ou seja, a matéria como princípio comum; b) a causa formal, que explica qual é a essência da coisa, isto é, o que a distingue das demais; c) a causa eficiente, é dizer, qual é a origem ou o motor que põe a coisa em movimento; e, d) a causa final, que é a finalidade da coisa ou o seu objetivo.

Dentre tais causas no pensamento aristotélico, é a causa final que melhor explica o ser das coisas; é sua finalidade que irá dizer para que ela serve ou para que fins ela existe. Só a causa final permite compreender a própria noção de *bem*, isto é, a bondade da coisa.

Para Aristóteles⁷⁶⁹, “*toda a arte e toda a investigação, bem como toda a ação e toda a escolha, visam a um bem qualquer; e por isso foi dito, não sem razão, que o bem é aquilo que a coisas tendem*”; em suma, a sua finalidade.

Seguindo a linha de raciocínio aristotélico, o *bem* propriamente humano é o fim. Em outras palavras, toda a pessoa humana tende a seu fim que é o *bem* (virtude). O mal é um vício. Porém, “*se existe, então, para as coisas que fazemos, algum fim que desejamos por si mesmo e tudo o mais é desejado por causa dele*”⁷⁷⁰, este será, pois, segundo o Estagirita, o *sumo bem*, considerando que nem todas as coisas escolhemos visando a outra.

Mas há, em sua visão, aquele fim último que é desejado de per si, não em razão de nenhum outro intermediário para alcançá-lo; um fim que é buscado em si mesmo. O *bem* não é uma espécie de elemento comum que corresponda a uma ideia única, adverte o Filósofo⁷⁷¹, mas, se existe uma finalidade em tudo o que fazemos e tal finalidade será o bem atingível pela ação, a *felicidade* é, acima de qualquer outra coisa, o *sumo bem*, aquilo é buscado por si mesmo, e não no interesse de outra coisa, pois ninguém a

⁷⁶⁹ In *Ética a Nicômaco*, p.17.

⁷⁷⁰ Aristóteles (in *Ética a Nicômaco*, p.17). Se tudo fosse desejado por causa de outra coisa, pondera o Filósofo, o processo se repetiria ao infinito, em razão do que inútil e vazio seria o nosso desejar.

⁷⁷¹ In *Ética a Nicômaco*, p.24.

escolhe tendo em vista alguma outra virtude. Ao contrário, todo o querer tem nela a finalidade última.

O que é assim almejado, aquilo a que todas as ações tendem alcançar será, segundo Aristóteles, a felicidade, pois, ao Filósofo, “*parece que a felicidade, acima de qualquer outra coisa, é considerada como esse sumo bem. Ela é buscada sempre por si mesma e nunca do interesse de outra coisa*”.⁷⁷²

A definição desse fim último para o indivíduo, em nossa leitura *personalista*, não é dado a nenhum poder político decidir. Veja-se que nem mesmo Aristóteles colmatou o conceito de felicidade; ele apenas afirmou que tudo na vida se move nesse propósito: sermos felizes; todos queremos sê-lo, independente do conceito que tenhamos dela.

Aristóteles, no entanto, situou este “*sumo bem*” como *objeto* da Ciência Política, uma vez que esta utiliza as demais ciências e, ainda, legisla sobre o que devemos fazer e do que devemos nos abster (deveres); por isso, a finalidade da Ciência Política deverá, necessariamente, abranger a finalidade de outras ciências, de maneira que essa finalidade deverá ser o *bem humano*.⁷⁷³

Desse modo, os objetivos da Ciência Política e o mais alto de todos os bens que se possa alcançar pela ação são esse *bem supremo*, como enfatiza Aristóteles⁷⁷⁴, a felicidade, considerando o bem viver e o bem agir como equivalente a ser feliz.

Incumbe, portanto, à Ciência Política, desenvolver aquele conjunto de condições necessárias para que as pessoas possam ser felizes, equivale dizer, para que realizem a sua dignidade.

Então, a felicidade (o ser feliz) - o bem que procuramos incondicionalmente⁷⁷⁵, que é o *fim último* da pessoa; a causa final, o seu objetivo último, o que dirá para que a pessoa humana existe, será o *fim absoluto* para a Ciência Política, ao mesmo tempo em que será, como adverte Wambert Gomes Di Lorenzo⁷⁷⁶, o próprio fundamento do *bem comum*.

Nesse mesmo sentido, em face da comunidade política, John Mitchell Finnis⁷⁷⁷ sustenta que o *bem comum* de tal associação abrangente é o de “*garantir todo um*

⁷⁷² In *Ética a Nicômaco*, p.26.

⁷⁷³ In *Ética a Nicômaco*, p.18.

⁷⁷⁴ In *Ética a Nicômaco*, p.19.

⁷⁷⁵ Aristóteles observa que mesmo a honra, o prazer, a razão e outras virtudes, ainda que as escolhamos por elas mesmas, fazemos isso no interesse da felicidade, pensando que, por meio dela, seremos felizes (in *Ética a Nicômaco*, p.26).

⁷⁷⁶ In *Teoria do Estado de Solidariedade*, p.69.

⁷⁷⁷ In *Lei Natural e Direitos Naturais*. Tradução de Leila Mendes. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2007, p.154.

conjunto de condições materiais e de outros tipos que tendem a favorecer a realização, por parte de cada indivíduo da comunidade, de seu desenvolvimento pessoal”, ou seja, como pessoa.

Por outro lado, o Filósofo australiano acima referido, preconizando a existência de um *bem comum* da comunidade política, rechaça, com muita razão, em postura que comungamos, que tal comunidade possa substituir-se ao indivíduo na definição do conteúdo de seus fins, pois o *bem comum*, consoante acima destacado é, em sua proposição, um conjunto de condições que permitam aos próprios membros da comunidade atingirem seus fins em um sistema de colaboração desses fins. Ou seja, o *bem comum* não aniquila nem pode aniquilar a liberdade individual, e muito menos se compraz de um entendimento paternalista ou assistencialista, porque ele exige empenho de todos, inclusive do poder político, e de cada um, na sua construção. Não é uma dádiva e nenhum prêmio ao ócio e à inatividade. Definitivamente, não é benesse, como não é algo apto a diluir, na coletividade, a pessoa humana, cuja dignidade obriga respeitar seu conteúdo, notadamente, na sua dimensão individual e na sua liberdade (não absoluta, como vimos) de eleger seus próprios fins.

De fato, uma vida isolada contraria a humanidade que cada indivíduo carrega dentro de si. Com razão, Hannah Arendt⁷⁷⁸ quando afirmou que, “*para o indivíduo, viver uma vida inteiramente privada significa, acima de tudo, ser destituído de coisas essenciais à vida verdadeiramente humana*”.

Não podemos negar a relevância da dimensão social do homem, porque, de fato, homem histórico e concreto é prova inequívoca dessa realidade. São as relações de coexistência, ademais, que protegem e garantem os interesses não só individuais, como as relações de cooperação social, os interesses coletivos e a realização do *bem comum* (a felicidade de um e de todos).

Tais relações de coexistência fortalecem e completam a liberdade, e esse caráter complementar vai exatamente ao encontro de nossa proposta de um personalismo que se estruture sob uma inversão dos círculos concêntricos alhures referidos, para que o maior represente a primazia do individual e a liberdade, e o menor, do mais amplo imanente e integrante de sua essência social, o círculo menos representativo da dimensão necessariamente social do homem, a ponto de deduzir da *justiça*, é dizer, de uma de suas formas de expressão, a solidariedade necessária à realização do bem comum e que ganha concretude por meio de deveres em prol da comunidade humana.

⁷⁷⁸ In *A Condição Humana*, p.73.

Comunidade, como a palavra está a indicar, significa uma *comum unidade*, equivale a dizer, uma comunhão entre aqueles que participam de uma mesma natureza e tendem a um mesmo fim no ambiente social.

Nessa ambiência, o *bem comum*⁷⁷⁹ pode ser lido como parte (e não todo) do bem particular de cada indivíduo na sua dimensão social, enquanto está, necessariamente, vinculado a algum estrato da vida social e dele depende para o desenvolvimento de suas potencialidades humanas. O bem da comunidade precisa ser também, em uma perspectiva política, parte do bem do próprio indivíduo que a compõe, como vinculado aos interesses das pessoas (e não do próprio poder).

Finalmente, em sua dimensão social, o indivíduo deseja o bem da comunidade, na medida em que ela expressa, em dada proporção, parte do seu próprio bem. Assim, o bem dos demais não é alheio ao próprio bem individual.

A propósito da temática do *bem comum*, Wambert Gomes Di Lorenzo⁷⁸⁰ lembra que dignidade é o conceito eudaimônico⁷⁸¹ de felicidade e isso revela que a existência de uma autonomia absoluta do indivíduo em face da comunidade é mesmo irrazoável, pois, no concernente à dignidade, entre a plenitude e o reconhecimento, há uma implicação necessária; felicidade é, repisando, um conceito de autossuficiência que passa pela vida em comunidade e o bem humano necessário para a realização desse ideal de autonomia que sobrevém da essência ontológica e social da pessoa, ou seja, pela vida comunitária.

É bem possível dizer, em derradeiro, que o *bem comum*, na feliz expressão de César Saldanha Souza Júnior⁷⁸², “*é o bem de todos naquilo que temos em comum*” e o que temos em comum, invariavelmente, é a nossa dignidade e a nossa natureza, bem como uma existência voltada ao mesmo fim, a felicidade, fazendo cada um de nós, portanto, indistintamente, jus a uma vida boa e digna, como responsáveis pelo apoio e subsídio dos meios de realização dos fins dos indivíduos, é dizer, dos bens particulares buscados

⁷⁷⁹ Noção afim à de *bem comum* é a de interesse público. Ao princípio ético do *bem comum* corresponde o princípio jurídico do interesse público.

⁷⁸⁰ In *Teoria do Estado de Solidariedade*, p.69.

⁷⁸¹ O termo *eudaimônico* tem origem grega, pode ser definido como a *vida que vale a pena ser vivida*. Convém registrar que a felicidade eudaimônica pode ser compreendida como um bem estar constante, uma forma de encarar o mundo e seus fatos bons ou ruins carregada de otimismo e positivismo. São exemplos de felicidade eudaimônica o sentimento de paz interior, o sorriso constante, a vontade de viver, a sensação de estar em sintonia com o mundo e com as outras pessoas. É o ser feliz de fato e não meramente estar transitoriamente feliz.

⁷⁸² SOUZA Júnior, César Saldanha, in *Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos*. Tese para Concurso de Professor Titular junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Porto Alegre: novembro/2002, p.37.

por cada um dos membros da comunidade numa perspectiva aristotélica de autossuficiência, ou se quiser, no dizer de Aristóteles⁷⁸³, “*aquilo que, em si mesmo, torna a vida desejável por não ser carente de nada*”, o próprio modo pelo qual o Filósofo entende a felicidade, o *sumo bem* inatingível em uma vida isolada, porque ela representa o bem viver e o bem agir..

De outra banda, há que se demarcar com muita ênfase que o *bem comum*, enquanto princípio da Política constitui o fundamento de toda autoridade, de todo o poder; o que impõe a atuação imprescindível dos titulares da vontade estatal no sentido de redistribuição dos bens, bem assim uma visão geral e ampliada de vida boa e retidão, no sentido de respeito aos valores comunitários para todas as pessoas.

Oportunamente nos lembra Wambert Gomes Di Lorenzo⁷⁸⁴, que bens fundamentais não são sinônimos de direitos fundamentais. Pode até haver uma certa identidade no campo da hermenêutica, mas há, ontologicamente, uma distinção entre tais termos: “*Os direitos têm como objeto os bens que pretendem garantir ou efetivar. Os bens são, assim, alicerces dos ditos fundamentais e o seu objeto*”.

Já reconhecemos que o *bem comum*, não raro, foi invocado, ardilosamente, em nome de sua primazia, por regimes autoritários ou totalitários que, ao revés, negam o próprio bem e a condição de pessoa ao homem. Também reconhecemos que, mesmo em Estados de Direito, ele foi dissimulado de “interesse público”, disfarçando interesses meramente particulares de quem, investido de poder, realiza suposta vontade estatal. Porém, quando isso ocorreu e ocorre, invariavelmente representa um desvirtuamento do *bem comum*. Regimes desse cariz são avessos ao *bem comum* e à própria dignidade da pessoa humana que aviltam.

Mesmo aí, é preciso ter renovada fé para afirmar que a democracia configura o único regime politicamente apto a realizar o *bem comum*. Embora muito se discuta em torno dela; em que pese ela não exista sob um único modelo, considerando, ainda, que não há consenso em torno de suas potencialidades e esgotamento, a luta contra os regimes totalitários e autoritários, em especial contra o nazi-facismo, nos mostrou que “*a democracia corresponde mesmo ao conceito de política*”⁷⁸⁵; em apertada síntese: a democracia é o único regime que *se harmoniza com a ideia de pessoa humana e sua correlata dignidade, cuja leitura não se faz sem igualdade e dignidade*, para que as

⁷⁸³ In *Ética a Nicômaco*, p.26.

⁷⁸⁴ In *Teoria do Estado de Solidariedade*, p.75.

⁷⁸⁵ RIBEIRO, Renato Janine. *A Política e o Bem Comum*. In NEUTZLING, Inácio (Org.). *Bem Comum e Solidariedade*. São Leopoldo. Editora UNISNINOS, 2003, p. 32.

coisas de setenta anos atrás não ocorram nunca mais, embora reconheçamos que a caminhada da humanidade nunca é retilínea; ela faz curvas, tem seus meandros e retrocessos momentâneos.

Felizmente, o Século XX, consagrou a democracia como um sistema político definitivo, o que não quer significar que isso configure o fim da História; que não possamos repensá-la sob os aspectos da representação e da participação, tampouco que seja um espelho do capitalismo como sistema econômico.

Com isso queremos apenas sublinhar que as conquistas sociais e os aprimoramentos da dignidade da pessoa humana terão de vir pela via democrática, e não pela revolução armada, como pensaram e propuseram Karl Marx, Friedrich Engels, Lenin e outros. Em uma humanidade renovada, centrada na pessoa humana e não no poder, forçoso reconhecer que os povos, em geral, não amam a guerra e querem cultivar a paz. Que o grito da humanidade pela paz ecoa clamorosamente em todo o mundo.

Embora definido como o conjunto de condições externas adequadas a permitir o pleno desenvolvimento dos homens, das famílias e dos grupos sociais integrantes da sociedade, o *bem comum* atua mais perceptivelmente na ordem política.

Uma vez definido e conceituado o *bem comum*, na sua conformação como fim absoluto da Política, temos a destacar que ele irá incumbir o Estado que aja concretamente no sentido de assegurar uma *ordem justa* na vida social, que garanta, por meio da lei e pela força, de forma excepcional e mediante uso plenamente justificado, a serviço do *Direito justo*, a convivência pacífica entre as pessoas e os grupos sociais e um nível de bem-estar (material e imaterial) consentâneo da dignidade de todos e de cada um, promovendo a distribuição das riquezas por meio de uma Justiça Distributiva.

Daí ser necessário, por exemplo, ao *bem comum* público, um nível de *segurança* que permita ao homem viver tranquilamente na sociedade, já que a garantia da paz pública é indispensável a que os homens possam organizar livremente a própria vida.

Na realização da paz que cumpre ao Estado, na ordenação da vida social, ele deve dispor de todo um aparato de organização jurídico-político-administrativa capaz de dirigir, coordenar, incentivar, prover, corrigir e punir as violações da dignidade da pessoa humana, pois somente assim a tranquilidade da ordem pode se converter em realidade viva.

E, se o *bem comum* impõe ao Estado tarefas, como dirigir, coordenar, incentivar, prover e corrigir, enfim, a vida social e a distribuição de bens segundo critérios de Justiça Distributiva, corretiva das desigualdades, às pessoas, o *bem comum* vai, à sua

vez, impor *deveres*, correspondentes à quota parte exigida de cada um para a sua realização.

O *bem comum*, é bom que se compreenda, não opera de modo linear, por não ser princípio unicamente informativo da comunidade estatal ou política; ele se realiza em diversos níveis sociais, a saber: a) o *bem comum* doméstico; o *bem comum* social e o *bem comum* político.

Com isso não estamos a afirmar que exista uma pluralidade de bens comuns: há um *bem comum* único, que pode ser encontrado em várias esferas da vida social, na medida em que ele opera sob a lógica da subsidiariedade, tema ao qual retornaremos por ocasião do debate em torno dos limites da vinculação da solidariedade.

A existência de vários níveis de *bem comum*, todos necessários à conformação da dignidade da pessoa, significa que ele é um só, mas que se realiza em diferentes graus. Cada um dos referidos planos (doméstico, social e político) corresponde a bens básicos (materiais e imateriais) à realização da dignidade da pessoa humana, que são encontrados em cada um desses planos ou níveis. “*E mesmo que os de menos extensão digam respeito imediatamente ao bem apenas de uma parte da vida social, todo o bem da parte se ordena ao todo*”, adverte Wambert Gomes Di Lorenzo.⁷⁸⁶

O mesmo autor destaca a existência de várias dimensões do *bem comum*. Uma delas é a própria *justiça política*, cuja função é a de estabelecer os critérios do que é devido a quem no corpo e no plano político. Ela propicia um objetivo comum a partir de uma visão comum, e não exclusivamente a bens políticos. Por isso, ela implica atribuir direitos e deveres às pessoas enquanto cidadãos, numa acepção alargada do termo.

Portanto, a justiça política não se preocupa com direitos e deveres decorrentes de relações familiares, entre amigos ou vizinhos, oriundas de relações de trabalho ou emergentes de associações civis. Ela reclama uma série de princípios de ordem ética aplicáveis exclusivamente ao corpo político, ou seja, no nível do *bem comum* político e se pauta por critérios próprios. Da mesma forma, isso ocorre em relação aos demais níveis do *bem comum*, ou seja, o bem comum doméstico e social.

A justiça doméstica guia a comunidade familiar e tem como escopo o *bem comum* doméstico e familiar. Esse *bem comum* é especialmente protegido pelo princípio da autonomia que, conforme Wambert Gomes Di Lorenzo⁷⁸⁷, é politicamente orientado

⁷⁸⁶ In *Teoria do Estado de Solidariedade*, p.77.

⁷⁸⁷ In *Teoria do Estado de Solidariedade*, p.1.

pelo princípio da subsidiariedade que, adiantando-nos, impõe que uma ordem superior não realize aquilo que está ao alcance de uma ordem inferior realizar.

Justiça política, enquanto dimensão do *bem comum*, não pode ser confundida ou identificada como sinônimo de justiça social.

Isso porque, enquanto tarefa política, aquela (*justiça política*) exige tanto critérios de *justiça distributiva* como critérios de *justiça social*. E será a partir do modelo político em que o legislador está inserido (democracia, oligarquia ou aristocracia) que aplicará os critérios de distribuição e repartição do que é comum.

Segundo critérios que remontam às ideias aristotélicas, conforme destacamos na primeira parte deste estudo, a justiça geral está ligada à lei; já a justiça particular é norteada pela ideia de igualdade que pode se configurar como justiça distributiva (do legislador), cujo objetivo é distribuir os bens da comunidade segundo um critério de igualdade proporcional ou geométrica, ou como justiça corretiva (do juiz), que intenta alcançar a igualdade por meio de um senso entre perdas e ganhos, raciocínio em que não vigora a ideia de reciprocidade, pois seu escopo não é o de equalização material das partes, nem de promover entre elas o equilíbrio; antes, busca a reposição do *status quo ante*, o meio termo entre o menos e o mais, segundo uma lógica aritmética.

As leis fixam os deveres em relação à comunidade para que ela realize seu *bem comum*; elas se ligam à justiça geral (que São Tomás de Aquino chamou de *justiça geral*, como vimos) que apresenta essa designação justamente por abranger todos os atos devidos à comunidade, independentemente de sua natureza, consoante lição de Wambert Gomes Di Lorezo.⁷⁸⁸

A *justiça geral*, conforme sustenta o autor, visa, portanto, a ordenar o homem ao *bem comum*, sendo por meio dessa modalidade de justiça que o homem se submete à lei que a todos se destina e a todos orienta. Desobedecê-la, de rigor (embora, a nosso juízo, não incondicionalmente), implica ferir também o *bem comum*. O credor da *justiça social* são todos os cidadãos ou toda a comunidade.

Já a *justiça social* é, segundo o mesmo doutrinador, uma “*atualização da justiça legal*”⁷⁸⁹ (ou geral) e ela, de imediato, implica uma mudança radical dos critérios de igualdade, pois, enquanto na justiça legal a igualdade estava baseada no meio (a lei), na justiça social a igualdade estará organizada ou instituída sobre a pessoa.

⁷⁸⁸ In *Teoria do Estado de Solidariedade*, p.84.

⁷⁸⁹ In *Teoria do Estado de Solidariedade*, p.85.

Enquanto a justiça legal se orienta pela vontade permanente de dar a cada um o que é seu, pela busca do *bem comum*, a justiça social tem por escopo a justiça da sociedade de iguais; ela exige que todos os membros da sociedade civil colaborem na obtenção do *bem comum*. Ela é, por isso, uma evolução da justiça geral, pois ela, ao mesmo tempo em que regula as relações sociais com base em critérios de observância da lei, como exigência da questão social, ela estabelece deveres que obrigam todas as classes sociais; é de sua essência exigir de cada um o que é necessário para a realização do *bem comum*, considerando que a sua mais relevante função é justamente a de permitir o desenvolvimento humano, a partir do princípio da solidariedade que, enquanto uma forma de manifestação da justiça, sob o viés da igualdade substancial, tendo, portanto, na própria pessoa humana, a sua base, “*afirma como justo aquele que, servindo à sociedade, aumenta-lhe os bens, mas também deles se enrique conforme a sua condição*”.⁷⁹⁰

Portanto, enquanto a justiça distributiva regula a relação do todo com a parte e a comutativa (ou corretiva), da parte com a parte, a justiça social ordena a relação da parte com o todo, daí decorrendo a ideia de *dever de justiça social*, pois ela estabelece quais são os deveres em relação a todos os seus membros.

E como o *bem comum* se relaciona com a solidariedade?

A realização do *bem comum* implica solidariedade. O *bem comum* enquanto princípio da ordem jurídica e política, antes dito como um princípio personalista de justiça política e uma forma particular de manifestação da justiça, opera como pano de fundo; ela rompe, como assevera Wambert Gomes Di Lorenzo⁷⁹¹, “*com o senso comum político de que a justiça social significa uma justa distribuição de bens estatais*”.

Mais que isso, a justiça distributiva tem por sujeito a pessoa e não a comunidade política. Subjacente a ela estará sempre a dignidade da pessoa humana. Nela, impera a reciprocidade e o sujeito é um indivíduo que participa de uma comunidade específica, sendo considerado em comum, e não em sua singularidade, e a igualdade que ela busca concretizar é uma igualdade em dignidade, absoluta, e não de cunho aritmético.

Em boa síntese, poderíamos dizer que a justiça corretiva intenta dar a cada um a mesma coisa; a justiça social consagra-se em exigir de todos a mesma coisa e, finalmente, a justiça distributiva implica dar a cada um segundo a sua condição, agora, porém, não segundo os critérios gregos supraidentificados (o mérito, a transmissão ou o

⁷⁹⁰ DI LORENZO, Wambert Gomes, in *Teoria do Estado de Solidariedade*, p.86.

⁷⁹¹ In *Teoria do Estado de Solidariedade*, p.87.

nascimento); a partir da premissa de uma igual dignidade a cada um, o *bem comum* político, hodiernamente, passou a ser distribuído segundo critérios de solidariedade.

Na medida em que definimos o *bem comum* como o conjunto de condições da vida social que permitem, que à pessoa, quer aos grupos, quer a cada um dos seus membros, atingirem a sua própria perfeição, pela construção conjunta, na forma de colaboração recíproca, de seus interesses, a resposta a essa indagação passa pela ideia do fundamento que nos impele o dever de apoio, de reciprocamente, para o bem de todos e de cada um, que é a solidariedade em sua forma dinâmica ou concreta de realização: os deveres de solidariedade.

Ao comentar a Carta Encíclica *Mater et Magistra*, Alceu Amoroso Lima⁷⁹² definiu a solidariedade como a alma do *bem comum*, pois, para o autor em tela, a solidariedade é “o próprio princípio constitutivo de uma sociedade realmente humana, e não apenas aristocrática, burguesa ou proletária. É um princípio que deriva dessa natureza naturaliter socialis do ser humano”.

Assim entendendo, o autor aponta para a existência de três estados naturais do homem que representam a sua condição ao mesmo tempo individual e social: a *existência*, a *coexistência* e a *convivência*. Concomitantemente, sustenta que esses estados valem tanto para cada homem, como para cada povo e cada nacionalidade.

O *bem comum*, que é, bem de ver, um princípio universal imediatamente decorrente da dignidade que abarca a unidade e a igualdade de todas as pessoas humanas; ele confere direitos e ordena deveres atinentes a todo o gênero humano. O dever de participação no *bem comum* determina a tutela dos direitos fundamentais em todas as suas dimensões (1ª, 2ª, 3ª e 4ª) e a instituição de condições para o mais pleno desenvolvimento da personalidade e acesso a todos. Ele despreza posturas egoísticas e reclama empenho e envolvimento de toda a sociedade, inclusive do próprio Estado, no sentido de obtenção do *sumo bem* ou, se quiser, da felicidade que todos aspiram segundo o ser humano estabelecer.

Essa responsabilidade universal que a todos impõe, indistintamente, deveres ou tarefas na construção do *bem comum* fundamenta-se na existência da comunidade política, cujos fins absolutos são a autossuficiência que torna todos os homens, as famílias e toda a sociedade carentes de nada; em que todos são responsáveis por todos em sentido coletivo e não apenas no plano individual.

⁷⁹² In *Introdução à Encíclica Mater et Magistra do Papa João XXIII*. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1963, p.36.

O *bem comum*, portanto, torna-se uma realidade apenas quando para todos, quando a todos os seres humanos tiverem respeitados e garantidos em seus direitos, e quando todos, na mesma senda, tiverem cumprido os seus deveres no fito da realização do bem de todos e de cada um.

A responsabilidade por uma sociedade humana justa e solidária, fundamenta-se na natural sociabilidade humana e na interdependência das relações sociais como intrínseco da condição humana, e a forma de construir esse conjunto de condições é precisamente aquela responsabilidade que, nos elementos da pessoa humana, tem na justiça sua origem e se expressa como solidariedade, que dá alma ao *bem comum* e que se concretiza por meio de deveres.

Separado dos aspectos religiosos, é possível depreender essa ideia da *Carta Encíclica Sollicitudo Rei Socialis*, do Papa João Paulo II, onde o Pontífice aborda essa interdependência como “*um sistema determinante de relações no mundo contemporâneo, nos seus componentes econômicos, culturais, políticos e religiosos, e aponta como resposta a esta interdependência a solidariedade, entendida como atitude moral, social e como virtude*”, ao que agregamos, com base na razão humana, na condição de pessoa e de sua dignidade, como um dever de justiça, porque a solidariedade não se circunscreve à noção de compaixão ou piedade, nem a um sentimento de misericórdia.

Embora ela ainda compreendida como uma virtude cristã, intimamente ligada à caridade, enquanto imediatamente decorrente da pessoa humana e de sua dignidade, como princípio de justiça da ordem política, ela se impõe como ação, como uma determinação constante e tenaz de empenho pelo *bem comum*, que importa dizer, o bem de todos e de cada um, pelo qual todos são responsáveis.

Por essa interdependência, podemos afirmar que a solidariedade se manifesta nos vários níveis de *bem comum*, ou seja, ela igualmente se projeta nas esferas doméstica, social e política.

Sob esse prisma, pode-se compreender a assertiva de Wambert Gomes Di Lorenzo⁷⁹³, quando se reporta à solidariedade como “*um nome novo dado a uma categoria que lhe é anterior: a amizade, um conceito clássico, já conhecido na Antiguidade, de onde a solidariedade retira o seu conteúdo*”. Evidentemente, ela não retire seu conteúdo da amizade e nem seja só isso, há no raciocínio uma certa manifestação de solidariedade.

⁷⁹³ In *Teoria do Estado de Solidariedade*, p.78.

Para o aludido autor, é na amizade que a solidariedade busca sua gênese. Isso porque, *“independente do auxílio mútuo, os homens, historicamente, desejam viver em comunhão, como uma inclinação natural, na medida em que ela fornece o bem-estar que é o fim da comunidade e do próprio indivíduo”*.

Isso, aliás, já afirmara Aristóteles⁷⁹⁴ há milhares de anos, ao sustentar que o homem, *“mesmo não precisando da ajuda de seus semelhantes, ele quer viver em sociedade”*. Mais: que a amizade é uma virtude, uma virtude necessária ao homem, porque *“ninguém escolheria viver sem amigos, ainda que dispusesse de todos os outros bens...”*⁷⁹⁵, mesmo os mais ricos; e quanto aos maus, *“devemos desejar-lhes o bem em nome deles próprios”*⁷⁹⁶. Se o desejo do bem é recíproco, o que era benevolência se torna amizade.

Mas como explicar, por exemplo, o que Aristóteles⁷⁹⁷ colocava como a possibilidade de haver amizade entre pessoas más e o fato de desejarmos o bem a pessoas que sequer conhecemos e que nunca vimos?

O próprio Aristóteles buscou dar uma resposta à primeira questão, sustentando haver três tipos de amizade cívica (em número igual às coisas que devem ser amadas, pois a *philia*, isto é, a amizade, é nada menos do que uma forma de amor), que não considera perfeita, cada uma delas sustentando-se em três tipos de qualidades: a amizade baseada no interesse, na utilidade ou no prazer. Quando a amizade se estabelece a essas bases, *“até os maus podem ser amigos uns dos outros, ou os bons podem ser amigos dos maus, ou aquele que não é bom nem mau pode ser amigo de qualquer tipo de pessoa”*.⁷⁹⁸

A amizade sustentada pelo interesse, pela utilidade ou pelo prazer, é imperfeita, porque um não ama o outro por si mesmo; não quer o outro por si mesmo, a amizade não existe por si mesma. *“A amizade perfeita é aquela que existe entre os homens que são bons e semelhantes na virtude, pois tais pessoas desejam o bem um ao outro de modo idêntico, e são bons em si mesmos. Dessa forma, aqueles que desejam o bem dos amigos por eles mesmos são amigos em sentido mais próprio, porque o fazem em razão de sua própria natureza e não por acidente”*.⁷⁹⁹

⁷⁹⁴ In *Política*, p.88.

⁷⁹⁵ Aristóteles, in *Ética a Nicômaco*, p.172.

⁷⁹⁶ Aristóteles, in *Ética a Nicômaco*, p. 174.

⁷⁹⁷ Aristóteles, in *Ética a Nicômaco*, pp. 173-174.

⁷⁹⁸ Aristóteles, in *Ética a Nicômaco*, p. 177.

⁷⁹⁹ Aristóteles, in *Ética a Nicômaco*, p. 176.

Essa é a amizade invulnerável que se amolda, na compreensão aristotélica, ao conteúdo da solidariedade. Ademais, não se pode perder de vista que a solidariedade é uma forma de manifestação de justiça; poderá até haver conjunção de esforços para a realização de fins comuns ilícitos entre pessoas más; contudo, nessa conformação, ela jamais se legitimará como amizade e tampouco como *solidariedade* no que tange ao seu conteúdo, na medida em que, enquanto forma de expressão da justiça, animada pelo *bem comum*, concretizável por meio de deveres, tudo derivado da própria dignidade da pessoa humana e da dignidade que dela é imanente, essa solidariedade não se coaduna com qualquer propósito de fins escusos e injustos, tampouco com escolhas de meios nesse desiderato.

Sem embargo, o *bem comum* entre amigos não se reduz à simples ideia de colaboração e conjunção de vontades para a consecução de um fim, mas implica um *bem comum* de autoconstituição e a autorrealização da dignidade humana.

Como lembra John Mitchel Finnis⁸⁰⁰, “*se A e B são amigos, então a colaboração de cada um é um benefício (pelo menos em parte) para o outro, e há comunidade entre eles, não apenas no sentido de que exista um interesse comum nas condições - e busca comum dos meios - por meio das quais cada um irá conseguir o que quer para si...*”.

Ora, a solidariedade (uma manifestação da justiça) - e aquilo que ela realiza, é dizer, o *bem comum* -, além de constituir um princípio de justiça política, é também um princípio regente da ordem social. Refere-se ao papel da comunidade na realização da dignidade da pessoa humana, no seu aspecto extrínseco que diz com o reconhecimento da igual condição de pessoa em cada ser humano, constituindo uma categoria essencial da vida social, ela demonstra que o indivíduo não é uma abstração, nem um universo isolado, como, também, que cada ser humano é devedor de seu meio. Ela demanda um tipo de postura social que parte da consciência de que do empenho de cada um depende o bem-estar de todos, o *bem comum*, do que advém a inelutável responsabilidade social que sintetiza a responsabilidade de todos por cada um.

Importa, contudo, sublinhar, que a dignidade humana que orienta nosso raciocínio é aquela qualidade ontológica de cada ser humano, que decorre da condição humana, e não do fundamento teológico de ser ele à imagem de Deus, pois, se assim fosse, seria a humanidade que possuiria esse atributo, e não o indivíduo, razão pela qual refutamos o *bem comum* pensado sob o aspecto teológico, sem embargo de valorização da ideia e apoio de todos no desenvolvimento da personalidade de cada um. É dizer, há

⁸⁰⁰ In *Lei Natural e Direitos Naturais*, p.143.

humanismo, dignidade humana, solidariedade e *bem comum* fora dos quadros da Teologia. Falamos de um humanismo radicado no homem concreto, fundamento e fim de tudo que no mundo existe, sem nenhum desprezo para aqueles que professam fé naquilo que entenderem em transcendentalmente creem.

É por esse viés que, aos moldes aristotélicos, é possível falar em uma amizade política. Aristóteles aponta que a amizade (*philia*), como acima destacamos, é o maior bem para as cidades, uma vez que dela resulta a unidade. Hodiernamente, ela se manifesta no pensamento de Wambert Gomes Di Lorenzo⁸⁰¹, na forma da *solidariedade*, uma configuração do amor, que reputa tão concreto e tão abstrato quanto o sujeito a quem ela é dirigida. Quando abstrata, a amizade se define por uma amizade política; ela garante o *bem comum*, na visão do autor, na medida em que, em face do reconhecimento, ela faz ver no outro um outro eu. Seu papel é configurar a unidade da comunidade em torno do *bem comum*. Nesse contexto, a solidariedade (amizade) pode ser compreendida como uma *justiça por analogia*. Pode-se até dizer que a solidariedade aparece na medida da justiça, afiança o autor.

Sem embargo da funcionalização e demais críticas que contra alguns aspectos da filosofia aristotélica já formulamos, com a vênua do referido autor, não vemos aí uma expressão de amizade, muito menos de amizade política, até porque a realidade, da qual não podemos prescindir, mesmo na liberdade de pensar, mostra que há povos que se odeiam e Estados em guerras internas e externas, inclusive entre civis, muito embora a teoria tenha se desenvolvido e servido em dado momento histórico, limitado pelos pequenos povos da Antiguidade, fora do mundo em que hoje vivemos.

No âmbito político, segue, a nosso ver, sendo a pessoa humana e sua dignidade imanente, a plenitude e o reconhecimento, o que exige, por meio da solidariedade (expressão da justiça e animada pelo *bem comum*), um tipo de postura política, jurídica e social que parta da consciência imprescindível que, do empenho de cada um depende o bem-estar de todos. Assim, o *bem comum* vai traduzir a inelutável responsabilidade social que sintetiza a responsabilidade de todos por cada um; e, se o *bem comum* é um princípio universal imediatamente decorrente da dignidade que abarca a unidade e a igualdade de todas as pessoas humanas, ele confere direitos e ordena deveres atinentes a todo o gênero humano, uma percepção personalista que, à evidência, não destrói a noção de *bem comum* por valorizar apenas a liberdade; ao contrário, a reconstrói, segundo a razão da pessoa humana, segundo a primazia da liberdade, cominando a

⁸⁰¹ In *Teoria do Estado de Solidariedade*, p.135.

todos e a cada um dever e responsabilidade no desenvolvimento da personalidade de todos e de cada um, deveres esses que examinaremos no capítulo seguinte.

CAPÍTULO 3 - Os deveres fundamentais e a solidariedade

Dissemos em várias oportunidades que são os deveres, e não os direitos, que concretizam a solidariedade e que há nesta uma exigência do *bem comum* (aquilo que a solidariedade busca realizar - e não definir -) e que este princípio tem como “alma” a solidariedade que o realiza. Vejamos, agora, essa via de concretização da solidariedade e de realização do *bem comum* que antes descrevemos: os deveres.

Da condição de pessoa humana e sua dignidade imanente extraímos a solidariedade que nela se contém e se manifesta como uma expressão da justiça, que, se realizando por meio do *bem comum*, irá impor tarefas e deveres ao Estado na defesa e na promoção da dignidade de todos, não só por meio dos socorros públicos da população ou parte dela, mas, também, por meio de programas assistenciais à pobreza, à saúde, inclusive sem contraprestação, e outros tendentes à proteção e à promoção da dignidade das pessoas, visando ao seu pleno desenvolvimento de suas personalidades.

A solidariedade, como princípio da ordem social, jurídica e política, exige do Estado obrigação explícita e vinculante de implementar mecanismos a propiciar assistência e apoio aos cidadãos em situação de exclusão social e que suportam os riscos especiais característicos das sociedades de mercados, promovendo, assim, a Justiça Distributiva e Social.

Por outro lado, vimos que nisso não se esgota a solidariedade. Michael J. Sandel⁸⁰² responde bem, do ponto de vista pragmático, essa questão quando diz, a este propósito, que “*estaria tudo certo se o governo ganhasse dinheiro de Papai Noel*”. Fosse esse o caso, só ao Estado cumpriria o dever de solidariedade e esta se esgotaria nos limites dos recursos estatais, ainda que pensada no propósito de desenvolvimento da personalidade de todos.

Nessa quadra da história, com efeito, está superada a conformação do Estado do Bem-Estar (nos termos idealizados) como uma categoria exclusiva de socorros públicos (*socurrere* significa vir em auxílio), a partir da compreensão de que a pessoa humana e sua dignidade imanente lhe dão fundamento e justificam seus fins. Contudo, ninguém hoje duvida da escassez dos recursos dos entes estatais, como do esgotamento de

⁸⁰² Op.cit., p.263.

recursos naturais, e tudo isso deve ser considerado quando envolve o tema da solidariedade, porque a questão dos deveres que dela emanam no quadro de um Estado democrático e social de Direito, e de um constitucionalismo estruturado ou edificado à base de valores essenciais à condição da pessoa humana, deve levar a compreensão de deveres para muito além de obrigações do Estado para com o todo.

Como vimos, a dignidade da pessoa humana, compreendida sob o viés personalista que defendemos, em que a essência individual do ser humano se imbrica, necessariamente, com a essência social, contém uma exigência de atuação humana - não só do Estado - solidária, porque a própria condição humana nos impõe deveres para com os nossos semelhantes, aqueles deveres de solidariedade que irão realizar essa dimensão da dignidade por meio da Justiça Social.

Afinal de contas, se os indivíduos são seres naturalmente sociais, e isso integra a sua condição humana como constitutivo de sua própria dignidade, para fins de uma realização plena, não reduzida à mera existência física, temos que aceitar que a liberdade não pode ser admitida somente em termos negativos, assim como acolher outros elementos constitutivos da mesma dignidade assumindo relevância nessa dignificação e em sua concretização como indispensáveis à vivência coletiva, o que exige responsabilidade de cada indivíduo e também das entidades privadas, tenham elas ou não poderes de fato, pelo destino de nossos semelhantes.

Assim considerado, os deveres de solidariedade também impulsionam, obrigando os membros da comunidade ou sociedade a agirem não apenas com aquelas obrigações para com o Estado (exemplo: deveres de pagar tributos, de proteção da pátria, de colaboração com a Justiça Eleitoral, de colaboração com o Tribunal do Júri) que, *lato sensu*, se refletem na própria comunidade, mas, também, obrigações positivas de ações em prol uns dos outros, em benefício da sociedade.

Compreende-se, então, por deveres de solidariedade, aquilo que José Casalta Nabais⁸⁰³ chamou de *solidariedade horizontal*, e que “*chama à colação, de um lado, os deveres fundamentais constitucionais que o Estado, enquanto seu destinatário direito não pode deixar de concretizar, legislativamente, e, do outro, os deveres de solidariedade que cabem à comunidade social ou à sociedade civil*”.

Se a Justiça e esse seu modo de expressão que é a solidariedade fosse só uma questão de escolha de um modelo - e não é, como veremos -, uma opção entre maximizar o bem-estar, respeitar a liberdade ou cultivar as virtudes, a consagração

⁸⁰³ In *Por uma Liberdade com Responsabilidade*, pp.136 e s.

internacional e constitucional do princípio da solidariedade significaria ao menos que, em matéria de responsabilidade coletiva, a Comunidade Internacional, a partir da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, o Estado, a sociedade e o homem, nas sociedades políticas que acolheram o princípio da solidariedade, fizeram uma opção por *não serem neutros*, e não sê-lo implica agir.

Não ser neutro, no quadro deste estudo, não significa, contudo, apenas consagrar uma ideologia. Uma adequada compreensão da solidariedade, que, em *última ratio*, encontra fundamento na própria pessoa humana e sua inerente dignidade, enquanto princípio jurídico que rege a ordem social, política e jurídica que se impõe como princípio de justiça política, reclama identificar, por exclusão, para efeitos de dela predicar deveres, uma vez mais firmar o que ela não é em definitivo: a solidariedade, elevada ao *status* de princípio constitucional, não pode mais ser vista como uma declaração de intenções, nem como uma proclamação de direitos como foi no período revolucionário francês.

Ela também não se confunde com piedade, compaixão ou filantropia. Nem significa só um sentimento de comoção ou de sensibilização com a dor e com o sofrimento de nossos semelhantes (empatia), como pensado por David Hume.

A prática social solidária alterou substancialmente esse quadro, para dar lugar à ideia de *responsabilidade*, nascida e evoluída de todo o pensamento humanista desenvolvido na primeira parte deste estudo, que foi e é constantemente realimentado, na exata percepção de Miguel Reale⁸⁰⁴ de que “*a ideia de valor encontra na pessoa humana a sua origem primeira, como valor-fonte de todo o mundo das estimativas ou o mundo histórico-cultural*”. Eis aí uma realidade concreta, um valor universal, atemporal e invariável na história da humanidade. Um imperativo categórico concreto.

E quando falamos de responsabilidade e deveres que dela emanam, temos por certo que, se a solidariedade, agora jurídica, integrante do fenômeno constitucional, não for tida como constituinte de um mero jogo de palavras, como na tríade revolucionária, que estamos aqui diante de uma *responsabilidade incondicionada*, sem preço, sem contraprestação, sem trocas; algo que deve ser realizado em nome da dignidade da pessoa humana, necessariamente, “*a solidariedade refere-se ao papel do meio social*”, como pontuou Wambert Gomes Di Lorenzo⁸⁰⁵ na concretização dessa mesma

⁸⁰⁴ REALE, Miguel, in *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1983, pp.220-221.

⁸⁰⁵ In *Teoria do Estado de Solidariedade*, p.131.

dignidade, envolvente de um aspecto intrínseco que diz com o reconhecimento, que não se reduz à neutralidade, mas impõe ação.

Por isso que, enquanto princípio da ordem social e jurídico-política, a solidariedade será também definida como uma ação concreta em favor do bem do outro; uma ação já não informada só pela misericórdia, mas como uma categoria essencial à vida social que dela depende. Sem solidariedade, bem de ver, “*sequer há vida social em sentido próprio tampouco há política em sentido estrito*”⁸⁰⁶. O Direito, aliás, só existe sob uma expectativa *relacional*, ou seja, para ser exercido em contextos sociais.

É por isso, uma vez mais, que a solidariedade só pode ser definida como uma expressão da Justiça que é inerente à dignidade da pessoa humana e que tem por objeto o outro, seja enquanto parte (indivíduo), seja enquanto o todo. Ser pessoa, nesse contexto, implica o direito de desconsolada solidão, isto é, o direito de que ninguém nos impeça de sermos humanos e, também, o direito de que alguém nos ajude a conservar a nossa humanidade, a desenvolver nossa personalidade, aqui nos referindo aos deveres e aos vários estratos da vida coletiva.

Logo, a solidariedade da qual derivam deveres, consagrada como princípio social e jurídico-político, carrega igualmente o significado de *meio de transformação social* e de *promoção da pessoa humana*; implica uma forma de consciência coletiva de que estamos todos no mesmo barco; uma espécie de “*um por todos e todos por um*”, e que, ao contrário do que afirmaram muitos dos que nos antecederam na História, essa consciência de responsabilidade se volta ao passado, subsiste no presente e se projeta para o futuro, a ponto de permitir que se fale de uma responsabilidade intergeracional, bem como de uma heterovinculação, tema ao qual retornaremos por ocasião de verificar se podemos afirmar o princípio da solidariedade como um *jus cogens* na ordem internacional.

A solidariedade, mesmo assumida como um princípio da ordem social e jurídica e de manifestação de justiça política, não elimina a sua faceta de *virtude* enquanto um bom hábito segundo a lição aristotélica, pois ela não deixa de ser, também, uma atuação efetiva em face do outro ou de um grupo social maior; ela não perde a natureza do virtuoso empenho concreto para a realização da felicidade de outrem ou de auxílio às suas necessidades fundamentais. Ademais, mesmo se considerada sob o viés da *virtude*,

⁸⁰⁶ Wambert Gomes Di Lorenzo (in *Teoria do Estado de Solidariedade*, p.131 enfatiza as lições de Cícero, na República II, 42, 69, ao apontar a solidariedade como “*o mais forte vínculo de união permanente em qualquer República*”.

forçoso reconhecer seu caráter *relacional*, porque só pode ser compreendida e exercida em face do outro.

Entretanto, como ela já não pode ser entendida como benemerência ou beneficência pura, pois, como dito alhures, a dignidade da pessoa humana e a dimensão social do homem em que ela se fundamenta é constitutiva da existência da dignidade do homem. Ela, realizando o bem comum, se concretiza por meio dos deveres fundamentais.

Haverá quem contraponha o argumento mítico do individualismo representado por Robinson Crusoé, para demonstrar a possibilidade de uma vida isolada. Mas esse argumento não resiste a um debate minimamente racional, a uma porque, mesmo na alegoria, a solidão não foi uma escolha, mas uma imposição acidental; a duas que a experiência de Robinson Crusoé longe está de atingir qualquer *status* universal, mas a exceção da exceção; a três porque, mesmo essa figura mítica mais famosa do individualismo oriunda da obra de Daniel Defoe, de 1719, precisou do “*Sexta-Feira*” (um silvícola antropófago remanescente de uma tribo, na ilha, de quem ficou amigo) para desenvolver a sua personalidade, a sua humanidade.

O princípio da solidariedade implica, como se pode perceber, assumir que a concepção liberal de liberdade, embora de grande relevo para a construção do humanismo, no que respeita ao reconhecimento de direitos naturais decorrentes da condição humana, inalienáveis, invioláveis, irrenunciáveis e universais, não foi equivocada, mas foi, necessariamente, insuficiente por compreender a dignidade toda, inclusive porque conformada fora de uma dimensão econômica e também divorciada de uma extensão necessariamente social do ser humano que, contemporaneamente percebida, impõe um repensar de nossa vida social, política e jurídica, onde já não há espaço para sua idolatria ou absolutização dos primados do Estado Liberal. Não há espaço para ideologias absolutas nem utopias quando tratamos da dignidade humana, cujo conteúdo não se limita à liberdade.

Aliás, a propósito, Roberto Saturnino Braga⁸⁰⁷ lembra que “*a expressão Utopia, forjada por Tomas Morus, significa não só uma sociedade que não existe nem nunca existiu, mas também que nunca existirá, pela sua incompatibilidade com a natureza humana*”. No entender do autor, Tomas Morus não viu que a natureza humana muda e que, em efeito, mudou substancialmente ao longo dos milênios, sustentando que o exemplo claro é a própria discussão que o autor da obra desenvolve sobre a absurda prática cotidiana e banal, na Inglaterra do século XVI, de enforcar diariamente ladrões

⁸⁰⁷ In *Ética e Política*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2012, pp. 65-66.

de pequenos furtos. Outro exemplo que reputa mais claro é que, na Ilha da Utopia, a ilha do nunca, ainda havia escravos.

Essa consideração, segundo assaz percepção de Roberto Saturnino Braga, fez mudar um pouco o sentido do termo, e hoje, *Utopia* significa algo muito dificilmente realizável, alguma coisa muito improvável, que depende da evolução humana, porém, algo que pode, como um farol ao longe, balizar a ação política em sua direção, como um objetivo que se pode alcançar, quem sabe, num prazo muito longo.

Até Tomas Morus enxergou, na festejada Ilha da Utopia, algumas coisas que gostaria de ver implementadas em seu país, mas não podemos, sob nenhum aspecto, concordar que as pessoas são diferentes e que a natureza humana muda, senão que vai incorporando novas necessidades em face do desenvolvimento da humanidade. Além disso, vemos como reducionista a proposição de que a evolução humana configure apenas um norte para a ação política, como uma diretiva, pois a própria dignidade da pessoa humana é o fundamento e a finalidade de todo o poder estatal.

E a solidariedade, nesse ambiente, constitui algo que o nosso senso de justiça elegeu como certo, realçando a questão da responsabilidade pelo desenvolvimento dos nossos semelhantes, como a questão das *diferenças sociais*, ao veicular, nesse âmbito, reivindicações comunitaristas (e não comunistas) que colocam em xeque o ideal do “eu” desimpedido, absolutamente livre para suas escolhas que podem estar totalmente viciadas e nada mais representar em termos de liberdade sequer para si, como não raro vimos emergir do Estado Social que, no perfil assistencialista e paternalista, gerou dependência, uma forma sutil de escravidão, e nos Estados Socialistas ou Comunistas, que sufocavam a liberdade de cada indivíduo conformar os seus fins, conferindo primazia ao decidido pelo Poder Público para a coletividade.

A pessoa humana traz em si o ser plural. A pluralidade humana é, na lição de Hannah Arendt⁸⁰⁸, *“condição básica da ação e do discurso, tem o duplo aspecto da igualdade e diferença. Se não fossem iguais, os homens seriam incapazes de compreender-se entre si e aos seus antepassados, ou de fazer planos para o futuro e prever as necessidades das gerações vindouras. Se não fossem diferentes, se cada ser humano não diferisse de todos os que existiram, existem ou virão a existir, os homens não precisariam do discurso ou da ação para se fazerem entender. Com simples sinais e sons poderiam comunicar as suas necessidades imediatas e idênticas”*.

⁸⁰⁸ In *A Condição Humana*, p.68.

A solidariedade, enquanto manifestação da justiça, notadamente no que esta intenta realizar a igualdade substancial, não pode ser lida com extremismos e se achar, enquanto princípio da ordem social, jurídica e política, bastante distante das teorias políticas que confinavam os indivíduos por uma casta, um cargo, uma graduação pelos costumes, pela tradição ou pela condição hereditária em todos os aspectos que, hoje, não autorizariam qualquer diferenciação ou *discriminen*; ela possibilita que a autonomia da vontade e o consentimento possam ser objeto de questionamentos não só sob o prisma da tradição do vício, por dolo ou por erro, mas, também, sob o enfoque do equilíbrio nessa manifestação, no que diz respeito à liberdade de fato, e ela nos permite conceber que devemos, uns aos outros, determinados comportamentos, independente do nosso querer.

Nos idos de 1981, a questão do consentimento também foi colocada em causa por Alasdair Macintyre⁸⁰⁹, em, *Depois da Virtude*, a propósito de desenvolver sua teoria da *interpretação narrativa*, como alternativa às concepções voluntaristas do indivíduo.

A filosofia de Alasdair Macintyre, no aspecto teleológico, garante certa similitude⁸¹⁰ com a de Aristóteles, ao levar em conta o *telos*: nós, seres humanos, somos seres que contam histórias, porquanto vivemos a vida tal qual uma narrativa. Para o Filósofo, só é possível respondermos a questão “o que devo fazer?” se, antes disso, pudermos responder de que história ou histórias fazemos parte.

O autor parte da inquietante perspectiva de que, tal qual personagens de uma narrativa ficcional, não sabemos o que acontecerá no momento seguinte; no entanto, nossa vida tem uma determinada forma que se projeta em direção ao nosso futuro. Por isso, viver a vida é como representar um papel numa jornada narrativa.

Nesse cenário, afirma o autor em tela, que nossas escolhas, nossas deliberações morais, têm mais a ver com a interpretação de nossa história. Com isso, o Filósofo pretende demonstrar que elas não são um ato soberano de vontade, pois elas envolvem reflexões que abrangem um espectro maior de histórias das quais a nossa é apenas parte, o que o leva a sustentar que jamais poderemos praticar o bem ou mesmo a virtude enquanto indivíduos (daí o seu caráter relacional): a narrativa de nossas vidas somente pode ser compreendida se pudermos vê-las como partes das histórias das quais fazemos

⁸⁰⁹ MACINTYRE, Alasdair, in *After Virtue*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1981, p. 201.

⁸¹⁰ Similitude porque, na teoria de Alasdair Macintyre, essa finalidade não é determinada ou pré-estabelecida por uma autoridade exterior. Ao contrário, finalidade e indeterminação/imprevisibilidade coexistem.

parte, significando, com isso, que nossas reflexões morais e nossas deliberações estão invariavelmente ligadas à condição de membros pertencentes a um grupo.

Pontua o Filósofo que “*todos abordamos nossas circunstâncias como portadores de uma identidade social*”⁸¹¹. Nossas histórias de vida são sempre narradas como filhos ou filhas de alguém, como cidadãos desta ou daquela comunidade; como integrantes desta ou daquela agremiação, como pertencentes a esta ou àquela categoria profissional. Pertencemos a um clã, a uma tribo, a uma nação e, portanto, o que for bom pra mim deve ser bom para alguém que comunga da mesma pertença.

Como tal, herdamos de cada um desses segmentos *uma série de deveres*, tradições, expectativas e obrigações legítimas. São condições que constituem o que nos foi dado na vida, o nosso ponto de partida moral e *essas estão em conflito com o individualismo* que preconiza que somos aquilo que nós mesmos escolhemos ser, como se fosse possível abstrair nossas identidades e heranças sociais, o que, a nosso ver, reforça a ideia de Hannah Arendt, no sentido de que reponsabilidade, fundada na solidariedade, se volta ao passado e se projeta para o futuro, na direção de nos impor a deixar para o futuro um mundo não pior do que aqueles que recebemos de nossos antecessores, para o que precisamos agir. Ainda, de voltar os olhos para o passado e reparar o erros humanitários que praticamos, como se procedeu, em passado não remoto, com a segregação racial e com os judeus, para com os quais seguimos endividados.

Não queremos aqui controverter se Alasdair Macintyre tinha ou não razão em seus desenvolvimentos filosóficos, nem se ele realizou ou não uma leitura adequada da pessoa humana. Queremos apenas sublinhar que seus desenvolvimentos também contemplam a dimensão social do ser humano, acentuando a sua pertença e a importância que isso projeta na vida de cada um, de onde deriva igualmente deveres para com o meio social.

Por tudo que se afirmou até aqui, a solidariedade, como algo já não confinado à consciência, mas segundo uma perspectiva que dá suporte a obrigações/deveres incondicionais, dela se exige concretização para fazer sentido, precisamente, por meio de ação; ou seja, ela demanda uma atuação concreta (atitude), uma responsabilidade social e comunitária de cada indivíduo por meio dos deveres fundamentais, na medida em que se traduz por uma corresponsabilidade.

Em outros termos, são os deveres fundamentais aqueles que concretizam a solidariedade e constituem uma exigência do *bem comum*, solidariedade esta fundada na

⁸¹¹ MACINTYRE, Alasdair, in *After Virtue*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1981, p.204.

dignidade da pessoa humana e que encontra seu fundamento último na justiça, em sua vertente de igualdade substancial, enfim, aquilo que a torna real e efetiva.

O tema dos deveres, designadamente daqueles de natureza fundamental, tem sido sistematicamente relegado a um segundo plano pelas Constituições e pela doutrina constitucional pátria e internacional ocidental; as questões por ele levantadas têm ficado mesmo à sombra de um enfrentamento mais contundente, num verdadeiro ostracismo, como assevera José Casalta Nabais⁸¹², que chega ao ponto de se referir a tal escassez como uma espécie de “*pacto de silêncio*”.

De efeito, se compararmos com a vasta bibliografia existente, em especial no mundo ocidental, veiculando as mais diferentes abordagens, sob os mais diversos enfoques em torno dos direitos fundamentais, logo perceberemos o quão diminuto é o espaço que tem sido conferido pelo constitucionalismo pátrio e alienígena à temática dos *deveres* em geral, e dos *deveres fundamentais constitucionais* ou, se quiser, das chamadas *posições jurídicas passivas* (sujeições dos particulares a deveres ou obrigações).

Essa circunstância se pode perfeitamente entender, numa primeira leitura, pela configuração do próprio Estado Jurídico, conforme destacado na primeira parte deste estudo, “*no sentido de compreender a posição do indivíduo em face do Estado como a de titular de prerrogativas de não-intervenção na esfera pessoal, conduzindo à primazia quase absoluta dos ‘direitos subjetivos’ em detrimento dos deveres*”, como pontua Ingo Wolfgang Sarlet.⁸¹³

Além disso, esse escasso desenvolvimento teórico também se justifica pela conjuntura político-social e cultural que se seguiu ao Segundo Pós-Guerra, quando se procurou evitar, numa espécie de *militantismo antitotalitário ou antiautoritário*⁸¹⁴ que, no futuro, regimes dessa índole tornassem a se instalar sob a chancela ou condescendência de uma pretensa “*abertura ou pretexto constitucional de interpretação nesse sentido*”, como explica o próprio José Casalta Nabais.⁸¹⁵

⁸¹² In ***Por uma Liberdade com Responsabilidade***. Coimbra: Coimbra, 2007, pp. 197 e s.

⁸¹³ In ***A Eficácia dos Direitos Fundamentais***, p. 240. Conforme o autor, essa postura de “*hipertrofia dos direitos, por outro lado, guarda conexão com a noção de cidadão pouco (ou quase nada) comprometido com a sua comunidade e seus semelhantes, o que, na perspectiva do Estado Social, acabou desafiando uma mudança em torno da necessidade de moderação do excessivo individualismo, bem como o caráter demasiado liberal atribuído à ideia de Estado de Direito, contemplando, dessa maneira, elementos sociais e os deveres econômicos, sociais e culturais*” (op.cit., p.241).

⁸¹⁴ CASALTA NABAIS, José, in ***Dever Fundamental de Pagar Impostos***. Coimbra: Almedina, 2004, p. 673.

⁸¹⁵ In ***Por uma Liberdade com Responsabilidade***. Coimbra: Coimbra, 2007, p.200.

O autor em tela ainda vislumbra uma causa mais recente para esse fenômeno - que julgamos digna de nota -, que compreende como sendo um certo “*regresso a uma estrita visão liberal dos direitos fundamentais*”⁸¹⁶ em certos países, como verifica, por exemplo, na França, onde tanto a Constituição de 1946 como a de 1958 remetem aos direitos e às liberdades fundamentais da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*.⁸¹⁷

O repúdio ao tema principia, desde logo, porque quando falamos em *deveres*, estamos, em rigor, dizendo que alguém está *obrigado* a agir de uma determinada maneira, o que, lido sob o enfoque da essência individual da dignidade da pessoa humana, parece aviltá-la, pois atenta, em princípio, contra a liberdade.

Mas a ideia de *dever*, sob o prisma da solidariedade e do *bem comum* que ela almeja realizar, em nada diminui a dignidade da pessoa humana, ao revés, a densa. E bem examinada, sequer chega a constituir uma novidade, porque não é de hoje - como observamos pelo processo de afirmação histórica da solidariedade -, que convivemos com ela, isto é, com a perspectiva de que os seres humanos estão sujeitos a direitos e também a obrigações distintas, o que era, aliás, muito comum no mundo antigo e que, no entanto, em larga escala, foi se perdendo, especialmente nas sociedades ocidentais, em face da necessidade e das lutas no sentido de proteção da pessoa contra as ingerências e o arbítrio estatal.

“Já houve tempo em que os deveres fundamentais foram considerados como categoria jurídica de igual dignidade à dos direitos fundamentais”, destaca José Joaquim Gomes Canotilho⁸¹⁸, a propósito de assinalar que a República era o reino da *virtude* no sentido romano e que ela só poderia funcionar se os cidadãos cumprissem um certo número de deveres, como servir à pátria, votar, ser solidário e aprender. Portanto, a par dos direitos, sempre houve o reconhecimento, na vida em comunidade, de deveres a cumprir.⁸¹⁹

Na Antiguidade greco-romana, com efeito, eram comuns, por exemplo, o dever de culto aos mortos e de manter aceso o fogo sagrado da família. Ademais, como observou

⁸¹⁶ In *Por uma Liberdade com Responsabilidade*. Coimbra: Coimbra, 2007, p.166.

⁸¹⁷ O autor (in *O Dever Fundamental de Pagar Imposto*, p. 43), a este propósito, reputa significativa a recusa, em Agosto de 1789, pela Assembleia Nacional Francesa, da adoção de uma declaração autônoma de deveres, justo com o argumento de que, numa comunidade liberal, os deveres se identificam com os direitos.

⁸¹⁸ In *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.531.

⁸¹⁹ Essa temática se acha também abordada por José Casalta Nabais (in *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, pp.41 e s).

Gregório Paces-Barba Martinez⁸²⁰, o conceito de dever, historicamente, sofreu influência da Moral - onde, bem de ver, não há espaço para direitos, somente para obrigações -, influência essa que só fez aumentar pela tradição Cristã, desde os *dez mandamentos*⁸²¹ bíblicos do Velho Testamento, tendo, ainda, recebido importantes influxos da obra de Marcos Túlio Cícero - pelo seu tratado sobre deveres (*De officiis*) -, já referida neste estudo, segundo o pensamento Estoico⁸²², e da filosofia kantiana, que, por meio do imperativo categórico, mandava não fazer aos outros aquilo que não quiséssemos que fizessem a nós mesmos, como dantes discurremos.

Todavia, com o advento da Modernidade - num cenário marcado por sucessivas lutas por *direitos* -, a noção do ser humano como titular de um compromisso para com a comunidade ou com a sociedade se tornou avessa e antipática de ser tratada, mormente no âmbito das Constituições de Estados de Direito, um lugar próprio, à partida, de disciplina das liberdades públicas (direitos dos indivíduos em face do Estado, consubstanciados na ideia de *limites ao poder estatal*), de organização do poder político, das tarefas e dos deveres do Estado, na perspectiva de organização da vida política e social e da realização do *bem comum*, este compreendido, à altura, como a cargo exclusivo do Estado, especialmente no quadro do Estado Providência - em que o ente estatal se colocava como o único agente responsável (o primeiro garante) - pela realização da dignidade (felicidade, na linguagem aristotélica) das pessoas - e do Estado do Bem-Estar (aquele de perfil securitário), onde ainda imperava a ideia da “questão social” como um problema específico do Estado, estrato social do qual as pessoas não se enxergavam ou não se reconheciam como parte.

A linguagem dos deveres, naquele ambiente, não era compreendida como politicamente correta, como enfatiza José Casalta Nabais⁸²³, referindo-se a um tempo em que não se ousava falar senão de liberdade e de direitos que a concretizassem; época

⁸²⁰ In *Los Deberes Fundamentales*, nº 4. Alicante: Doxa 1987, p.329.

⁸²¹ Com eles mantém íntima conexão os deveres de respeitar o próximo, de não prejudicar os outros, de reparar os danos causados, de não matar, de manter a palavra empenhada, de não cobiçar, de cumprir com os compromissos, de não furtar, de respeitar a propriedade, de obedecer ao Direito positivo, de cumprir as decisões, para ficar em poucos exemplos. Note-se que esta conexão também se estabelece, no âmbito jurídico, no que respeita ao descumprimento do dever. Na seara jurídica, bem assim na moral, ao descumprimento dos deveres se contrapuseram sanções, um tipo de castigo; o antijurídico se aproximou muito da ideia religiosa de pecado, mas essas noções e conexões foram se tornando frágeis em consequência do processo de laicização e de separação entre Moral e Direito, como detalhado no primeiro capítulo deste estudo.

⁸²² E sua centralidade na virtude que pode ser sintetizada na máxima "suporta e abstém-te" (A. Gélio, Noct. Att., XVII, 19, 6).

⁸²³ In *Por uma Liberdade com Responsabilidade*, p.163.

em que as expressões “responsabilidade”, “deveres” e “custos” que as materializassem não era definitivamente bem-vindas.

Não causa espanto, nesse quadro, a repulsa por desenvolvimentos dogmáticos e constitucionais em torno da temática, nem que os deveres, notadamente os deveres fundamentais, tenham sido, por assim dizer, “esquecidos” ou, propositadamente, “preteridos”, em detrimento da afirmação de posições jurídicas subjetivas ativas, com primazia absoluta dos direitos subjetivos públicos.⁸²⁴

O individualismo da Modernidade, assente na ideia de liberdade, não concebeu a ideia jurídica de dever do indivíduo para com a comunidade, muito menos admitiu ver o jurídico a partir de um *dever* consentâneo de sua condição humana, ou seja, de um dever fundado no fato do homem - só por sê-lo -, não acreditando na organização da vida social de maneira humana, levando em consideração também a condição de *devedor* da pessoa; não concedeu que é inviável à dignidade e mesmo à existência e à subsistência de uma sociedade em que só haja direitos e que não contemple deveres que são próprios do homem, não como contrapartida a um direito ou como respeito, mas no sentido de atividade, de corresponsabilidade, de uma exigência do *bem comum*, como manifestação de justiça e sua forma particular de se expressar que é a solidariedade, inerentes à condição humana, nomeadamente, à dimensão social do homem.

Aliás, a categoria dos deveres como categoria autônoma, designadamente, os fundamentais, nessa ambiência, se revestiu de um verdadeiro *tabu*, porquanto também ainda muito arraigada e vinculada a construções jurídico-políticas socialistas e comunistas onde justamente encontrou campo fértil de desenvolvimentos que, não raro, a desvirtuaram para colocar o dever a serviço da soberania estatal, ou seja, a serviço do poder, avessa à dignidade humana, por diluir o homem no Estado e fulminar a sua liberdade.⁸²⁵

⁸²⁴ Veja-se, nesse sentido, a construção de Georg Jellinek, que desenvolveu a doutrina do *status* para sistematizar os direitos subjetivos públicos e identificar a pluralidade das relações entre o Estado e o indivíduo (in *Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi*. Milano: Società Editrice Libreria, 1912, p.98). Segundo o autor, são quatro os *status* que compreendem as condições em que o indivíduo, enquanto membro do Estado, pode se encontrar: a) o *status sujectionis*, no qual toda autodeterminação é excluída, pois a personalidade é sempre relativa e limitada; b) o *status libertatis*, em que a liberdade do indivíduo frente ao Estado é absoluta; c) o *status civitatis*, que o autor apresenta como fundamento do complexo de prestações estatais no interesse individual; e d) o *status activae civitatis*, em que o indivíduo é autorizado a exercer direitos políticos. Tais *status* demonstram, respectivamente, aspectos passivos, negativos, positivos e ativos da relação Estado-Indivíduo. A doutrina do *status*, como se pode concluir, apresenta-se com cunho nitidamente formal e positivista, intimamente ligada ao pensamento individualista que informou o Estado Liberal.

⁸²⁵ Não é demasiado lembrar que no pensamento nazista, eles se converteram em deveres fundamentais dos membros do povo, importando o dever de serviço de poderes, dever de trabalhar, dever de defender o povo, entre outros, havendo, ali, uma primazia que conduzia à relativização ilimitada dos direitos

Veja-se que o artigo 59 da Constituição da extinta União Soviética, que data de 1977 - consagrando uma união indissolúvel ente os direitos dos cidadãos e seus deveres frente à sociedade e ao Estado, representando, inclusive, um dos princípios fundamentais do Direito socialista -, declarava que o exercício dos direitos e liberdades do cidadão soviético resultava inseparável do cumprimento de seus deveres, fazendo daquela uma *democracia militante*, em que o dever do cidadão não se limitava a uma atitude de respeito ou observância do ordenamento jurídico, nem de apoio à realização da dignidade de outrem, mas estendia-se a uma obrigação de participação ativa e de compromisso com o regime socialista - cuja soberania não se fundava na dignidade da pessoa humana -, ao qual o homem não estava só compelido a respeitar, mas, também, a cuidar e fortalecer.

O cidadão soviético era um homem que não separava a si próprio do Estado e nele se dissolvia como um gênero, ao melhor protótipo platônico. Nessa perspectiva, obviamente, não há falar em dever que tenha como substrato a solidariedade como uma expressão da justiça na sua vertente de igualdade material a realizar o *bem comum*, mas em subjugação, pura e absoluta, pois não sequer cogitar de dignidade da pessoa humana em regimes que a desconhecem, como desconhecem o seu conteúdo, não só privando o ser humano de toda liberdade como reduzindo o homem a simples modelo (um gênero).

Mesmo fora desse ambiente, é dizer, ainda dentro de um contexto liberal, o tema dos deveres, muito especialmente, dos deveres fundamentais, não se revelou muito atrativo, porque compreendido, em boa medida, como um simples aspecto ou como o *lado passivo dos direitos fundamentais*. São, aliás, incontáveis os doutrinadores que ratificam a postura de que os deveres nada mais representam senão o contraponto dos direitos ou os reflexos destes.

Para Böckenförde⁸²⁶, por exemplo, os deveres fundamentais se configuram, juridicamente, tão-só como elementares deveres de não perturbação dos direitos fundamentais que, dada a sua natureza de omissão e de abstenção, se enquadram na exata perspectiva kantiana de dignidade da pessoa humana: liberdade do homem, dever de respeito pelos demais e dever de abstenção do Estado no âmbito da autonomia privada.

fundamentais. No ideário comunista, os indivíduos tinham direitos fundamentais conexos a deveres, em prol dos quais aqueles eram igualmente relativizados, o que bem ilustra o indiferentismo das Constituições de hoje e explicam o melindre no seu tratamento da temática.

⁸²⁶ In *VVDstRL*, 41, pp.114 e s.

Já para H.H. Klein⁸²⁷, eles são nada mais que a determinação e a concretização legal de *limites* necessários à liberdade garantida pelos direitos fundamentais, em uma palavra: deveres não são mais que limites de direitos fundamentais.

Santiago Varela Díaz⁸²⁸, à sua vez, assente na noção de que a Constituição é essencialmente uma norma relativa ao poder público ou ao ordenamento jurídico enquanto fenômenos distintos e separados das relações sociais, sustenta que ideia de dever constitucional não tem outro significado mais autêntico do que o de encobrir relações de poder.

O que com eles se pretende, na ótica do autor acima, é justamente que a imposição de deveres jurídicos não apareça, primeiramente, como fruto de tais relações de poder. A propósito de analisar o artigo 9º, nº 1, da Constituição Espanhola, que *consagra o princípio da sujeição dos cidadãos à Constituição*, afirma que *os cidadãos espanhóis não estão diretamente vinculados aos deveres fundamentais previstos na Constituição* que, aliás, *não passam de uma técnica de sublimação* (uma dimensão ideológica da lei fundamental).

Os deveres constitucionais são, na visão do doutrinador espanhol, *diretivas aos poderes públicos*, pois a Constituição, pela sua própria natureza, se manifesta incapaz de estabelecer vínculos eficazes para as condutas privadas. Logo, *as normas constitucionais que aparentemente referem deveres para os particulares acabam se revelando como relativas ao poder e direcionadas exclusivamente ao legislador*. Isto é, são eficazes somente frente aos poderes públicos, como mandados dirigidos ao legislador ordinário; são normas irrelevantes e *desprovidas de eficácia frente às condutas dos particulares*, porquanto carentes das correspondentes sanções.

Não é nosso objetivo desenvolver uma teoria dos deveres fundamentais; longe estamos de qualquer pretensão, ou mesmo de uma tentativa de sistematização da matéria. Nossa abordagem, ao contrário, intenta simplesmente verificar se os deveres fundamentais, que dão concretude à solidariedade que - enquanto forma de expressão da justiça, naquela vertente que se ocupa da justiça substancial, realizando o *bem comum* -

⁸²⁷ In Über Grundpflichten. *Der Staat*, 14 (1975), pp.153 e s.

⁸²⁸ In *La Idea de Deber Constitucional*. REDC, 4/1982, pp.69 e s. Ao autor, também não passou despercebida a escassez da literatura no tema ora abordado: “En la literatura que, por el momento, ha originado la Constitución española, un aspecto que no sólo ha merecido una atención destacada, sino que incluso ha llegado a convertirse en el principal punto de apoyo para levantar toda la doctrina jurídica en torno a la misma, há sido su carácter de norma que vincula, de un modo supremo, directo y preferente, la conducta de los poderes públicos. Por el contrario, todavía no se ha producido - que yo conozca - intento alguno de estudiar los efectos vinculantes que la Constitución pueda surtir en relación a la conducta de los particulares, esto es, de elaborar una teoría que explique la posición de sometimiento o subordinación en que éstos puedan encontrarse frente a los mandatos constitucionales.”

podem encontrar seu fundamento último na própria dignidade da pessoa humana e em seus elementos constitutivos, se eles precedem ou encontram o seu limite na Constituição, bem como definir quem são os seus destinatários, isto é, a quem eles vinculam, a quem obrigam, se só os agentes da vontade estatal, ou se podem ser afirmados como o elo ou articulação do Estado com a Sociedade, com as pessoas jurídicas e entidades despersonificadas, no que lhes for compatível, bem como dos indivíduos com os diversos estratos da vida coletiva, conformando, nesta medida, um Estado Solidário.

Isso reclama uma breve incursão sobre o conceito de *dever*, bem como na sua gênese, para que possamos ter uma adequada compreensão do que sejam os deveres fundamentais e sua correlação com o tema central de nossa investigação que é a solidariedade e a vinculação das entidades públicas e privadas.

Dever, segundo Plácido e Silva⁸²⁹, equivale a *ser devedor; estar obrigado*. Significa o fato de uma pessoa se encontrar sujeita ao cumprimento de uma obrigação, em virtude da qual terá que dar ou restituir alguma coisa ou fazer ou não fazer alguma coisa. Em uma concepção ampla, o dever impõe a toda a pessoa fazer ou não fazer alguma coisa, segundo as regras que se inscrevem no Direito e na Moral.

Pedro Nunes⁸³⁰, à sua vez, ensina que *dever* significa “*estar sujeito ao pagamento de uma obrigação ou dívida*”. Ainda refere que o termo tem o sentido de “*tudo aquilo que a lei ou a convenção, positiva ou negativamente, exige de nós, correspondendo a um direito*”. É a “*determinação de vontade, imposta pelo direito ou pela lei, pela razão ou pela moral; obrigação moral ou jurídica; imperativo de consciência. Estar obrigado a uma prestação*”.

Assim, o aludido autor classifica o *dever* em *absoluto* (ou geral), quando há obrigação inerente a toda pessoa de fazer aquilo que a lei ordena ou proíbe; e *dever relativo*, aquele que diz com uma obrigação propriamente dita, no cumprimento de uma ação ou omissão em conformidade com aquilo que assumiu com outrem.

Ainda conforme Pedro Nunes, podemos falar em *dever moral* e *dever jurídico*. Aquele, na ótica do autor, caracteriza-se por ser livre e voluntariamente assumido, porquanto não há, segundo a tradição, imposição da ordem legal quanto ao seu cumprimento, sendo, pois, carente de coação externa ou, se quiser, cogência; este, o *dever jurídico*, se estabelece voluntariamente, *via contrato*, ou *decorre de lei*, havendo,

⁸²⁹ In *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, col II, pp. 67-68, verbete *dever*.

⁸³⁰ In *Dicionário de Tecnologia Jurídica*. 12ª ed., 2ª tir. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993, p.325, verbete *dever*.

em qualquer caso, necessidade jurídica de seu cumprimento, sendo, portanto, passível de cogência⁸³¹ na hipótese de inadimplemento.

A suscetibilidade à coerção tem sido apontada, recorrentemente, como a marca distintiva entre o *dever moral* e o *dever jurídico*. É, também, a razão pela qual Pedro Nunes afirma que o *dever jurídico* é um dever perfeito, ao passo que o *dever moral* é imperfeito, à medida que o seu cumprimento não pode ser exigido, porque não há nenhum direito que lhe seja correlato. Cuida-se apenas de uma *imposição de consciência, impassível de sancionamento ou coerção*.

Retornaremos a essa questão, arraigada no positivismo jurídico e na proposta de uma dicotomia entre Direito e Moral, com nossa posição crítica, mais adiante. Por ora, basta guardar que, em qualquer caso, seja no âmbito jurídico, moral ou mesmo religioso, *dever remete à ideia de necessidade*; evoca a noção de estar ligado ou preso a algo; *indica um fenômeno que não pode deixar de ocorrer*. Apoia-se na ideia de relação. Deve-se em face de alguém, seja por que motivo for. Isso está em harmonia com a tese que viemos defendendo.

Se os deveres são a própria forma de concretização da solidariedade que busca realizar (e não definir) com o *bem comum*, solidariedade que expressa uma forma de justiça e encontra seu fundamento último na dignidade da pessoa humana, então, deveres são ações ou posturas que essa razão humana faz necessário cumprir; um vínculo imperativo e imprescindível que traduz uma conformidade com a própria natureza humana.

Já houve época em esse vínculo, essa necessidade, assumiu uma feição exclusivamente imaterial, invisível e ideal, estruturada apenas em crenças, forças sobrenaturais e, mais adiante, de cunho religioso, englobando, à altura, o próprio Direito, desse conjunto emergindo a ideia mesma de deverosidade.

Os Estoicos desempenharam, como vimos, importante papel no desenvolvimento desse conceito a partir da percepção de que o dever constituía algo determinado pela lei racional divina, segundo o entendimento de que o homem formava parte de um todo ordenado por uma deidade e que era seu dever viver de acordo com a lei natural. A razão, para os Estoicos, residia na natureza. O dever englobava tanto a Moral como o

⁸³¹ Não desconhecemos a controvérsia doutrinária que existe entre o conceito de *dever* e de *obrigação*; não vislumbramos, contudo, nenhuma substancial diferença entre eles, nem que uma discussão dessa natureza possa contribuir para o tema a que nos propomos examinar. Por isso, optamos apenas pelo registro.

Direito, na medida em que a lei da natureza era tida como uma emanção da razão. Nesse sentido, eram os ensinamentos de Cícero.

Com efeito, Marcos Túlio Cícero⁸³² designava os deveres como a *face imprescindível das virtudes* e delas decorriam. Cada uma delas, em sua visão, trazia por si, uma série de obrigações. A fonte dos deveres era, em sua percepção, o decoro que, à sua vez, derivava de quatro fontes: a prudência, a justiça, a generosidade e a moderação, sendo assente que, dentre essas fontes, *os deveres estariam mais intimamente ligados à justiça*, a mais admirável das virtudes, a primeira qualidade de um homem de bem, que tem, por consentâneo, responsabilidades.

E, na visão do pensador, *o primeiro dever imposto à justiça é o de não causar mal a ninguém*, exceto para rebater o insulto; o segundo, a seu turno, é justamente o de empregar em comum os bens de comunhão e de tratar como próprios apenas aqueles bens que nos pertencem, sem prejuízo de alicerçar, na justiça, o dever de boa-fé, da sinceridade na palavra dada e de lealdade nas convenções. Além disso, *dentre os deveres básicos do homem estava o de proteger os seus semelhantes*.

Porém, o próprio Cícero não preconizava os deveres, inclusive sob a ótica da atividade política, como algo insuscetível de mudanças. Os deveres, ao seu modo de ver, eram passíveis de variações, por exemplo, conforme a idade da pessoa, de acordo com sua compleição física, tudo isso a se projetar na *parcela de contribuição que cada um devia à sociedade*, segundo uma lógica da proporcionalidade e da vulnerabilidade.

Já na Era Cristã, o Cristianismo, como vimos, desenvolveu todo o senso de deveres em bases religiosas e o seu destinatário último era Deus, o Supremo Senhor do homem livre, o único que poderia impor leis à liberdade e o único ao qual os homens deviam obediência. Todos os deveres, ainda que preconizados do homem para com outros homens, são, em última *ratio*, deveres para com Deus.

Mas a simbiose entre *dever moral* e *dever jurídico* acompanhou o pensamento humano mesmo fora dos quadros do Cristianismo. Samuel Pufendorf (1632-1684), por exemplo, compreendia que o dever, inclusive o jurídico, *surgia como uma necessidade moral inerente à consciência humana*⁸³³, encontrando o seu fundamento não exatamente na divindade.

⁸³² In *Dos deveres*. Título Original: *De Officiis*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002, pp.37-45.

⁸³³ PUFENDORF, Samuel. *De los Deveres Del Hombre y Del Ciudadano según la Ley Natural, en dos Libros*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, pp.4 e seguintes.

Contudo, o rompimento com a Escolástica e o pensamento secularizado, segundo a proposta de laicização, especialmente dos contratualistas, conforme dantes examinado, retiraram do dever o seu fundamento até então essencialmente ligado ao divino, na medida em que a razão humana assumiu a centralidade do pensamento filosófico e de todas as ciências.

Dada à separação do *poder religioso* do *poder político*, *não se mostrava possível perspectivar o dever senão a partir do próprio homem e da razão humana* que orientou dali para frente, todo entendimento em torno do dever.

Em Thomas Hobbes, por exemplo, como destacamos na primeira parte deste estudo, no estado de natureza, o homem vivia em total liberdade, âmbito no qual só havia direitos; nenhuma obrigação. Essa liberdade, no entanto, era superficial, porquanto ela conduzia a uma insegurança radical, à medida que resultava uma liberdade irrestrita a todos, acarretando um estado de beligerância de todos contra todos; uma constante luta pelo poder e uma total desorganização, porque cada um e todos poderiam livremente agir, inclusive violando a liberdade de outrem. Daí a “opção” dos homens quanto ao seu ingresso para a sociedade civil, pagando um preço de renúncia quase que total dessa liberdade em prol de segurança e autopreservação, vindo a preservar apenas um núcleo mínimo de liberdade que constituía o direito à vida e os meios para conservá-la (em cuja ideia se inseria a propriedade).

Na mesma linha, vimos que, ao contrário de Thomas Hobbes, os direitos naturais e os direitos do homem proprietário, na visão de John Locke, são por ele trazidos por ocasião de seu ingresso, mediante um *pacto social*, para a sociedade civil. No estado de natureza, também no pensamento de John Locke, o homem tem direito a tudo e *desconhece quaisquer deveres* que, destarte, só surgem posteriormente por meio da constituição contratual da sociedade organizada.

E os deveres, nessa construção teórica, à sua vez, se apresentam com caris artificial, uma vez que constituem produção humana, vistos pelo pensador inglês como uma espécie de *mal menor*, para suprir as necessidades e assegurar direitos.

Identifica-se aí uma *desconexão* ou desarticulação entre direitos e deveres, pois os *direitos* pré-existem ao pacto; já os *deveres* não. Estes resultam apenas de uma racionalidade social e política, e nada mais que isso. Advém daí a compreensão de que *os direitos não precisam ser justificados*, ao contrário dos *deveres que exigem justificação*, o que ocorre justamente em virtude de seu caráter artificial e limitativo da liberdade pós-pacto.

Essa realidade se reflete, também, no pensamento de Jean-Jacques Rousseau, em que ela ganha o reforço do princípio democrático e do pensamento rousseauiano de um *poder legislativo personificador e monopolizador da soberania estatal*, que faz do *parlamento a expressão da vontade geral* e da *lei uma manifestação dessa vontade que, produzida segundo dado procedimento e seguindo a regra da maioria*, com pretensões de neutralidade e universalidade, nunca erra.

A ideia de dever, sem embargo, assumiu relevo nos desenvolvimentos teóricos de Immanuel Kant como imperativo, na medida em que, segundo o Filósofo, ele, o dever, se apresenta à consciência como uma *ordem*, muito embora, ainda assim, tenha preconizado a obediência absoluta à lei positiva, pois separa absolutamente o *dever moral* do *dever jurídico*.

Isso porque, no seu entendimento, “*cada coisa na natureza atua segundo certas leis. Só um ser racional possui a capacidade de agir segundo a representação das leis, isto é, segundo princípios, ou só ele possui vontade*”⁸³⁴ que, para o Filósofo, outra coisa não era senão a razão prática.

E “*a representação de um princípio objetivo, enquanto seja constitutivo para uma vontade, chama-se mandamento (da razão), e a fórmula do mandamento chama-se imperativo*”⁸³⁵, de acordo com a doutrina kantiana, segundo a qual “*todos os imperativos se expressam pelo verbo dever*”.⁸³⁶

Como tivemos a oportunidade de discorrer na primeira parte de nossa investigação, Immanuel Kant⁸³⁷, para quem todos os imperativos ordenam ou necessariamente determinam que algo seja feito, distinguiu dois tipos de deveres, o *imperativo categórico* e o *imperativo hipotético*.

No *imperativo categórico*, o que leva a pessoa a agir é um princípio moral, interno, autônomo; *um sentimento de dever pelo dever*, independente do resultado que não influi no mote do agir. Já no *imperativo hipotético*, que segue a lógica do se/então, a obrigação moral está subordinada a uma condição.

Na percepção kantiana, o dever decorre da razão e encontra nela o seu fundamento. A razão determina a vontade, o que faz com que as ações do ser sejam necessárias

⁸³⁴ In *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Lepoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002, p.43.

⁸³⁵ In *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Lepoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002, pp.43-44.

⁸³⁶ In *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Lepoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002, p.44.

⁸³⁷ In *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Lepoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002, pp.44-45.

objetiva e subjetivamente. “*A vontade outra coisa não é senão a razão prática*”⁸³⁸. Ela consiste na faculdade de se determinar nada mais senão de acordo com a razão, é dizer, segundo o imperativo categórico.

Entretanto, há casos em que a razão, por si só, pode não ser o bastante para determinar a vontade; há situações em que a vontade não é conforme a razão, o que ocorre quando esse desejo ou aspiração ainda se sujeitar a condições subjetivas, isto é, segundo certos princípios subjetivos que podem não coincidir com os objetivos. Nesses casos, as ações que objetivamente são reconhecidas por Immanuel Kant como necessárias, são, subjetivamente, contingentes, e a determinação dessa vontade de acordo com as leis denomina-se obrigação, pois elas decorrem da razão.

Assim, o Filósofo diferencia os deveres decorrentes da virtude (que compreende como modalidade de deveres éticos, envoltos de uma obrigação ampla), dos deveres decorrentes do Direito (jurídicos), que impõem obrigações estritas, bem definidas e juridicamente delimitadas.

É na autonomia da vontade, “*expressão da liberdade humana*”, como observa Paulo Otero⁸³⁹, que Immanuel Kant encontra o princípio supremo da moralidade. No âmbito político, a razão igualmente determina a vontade, ainda que pelo princípio majoritário da ação legisladora.

Ou seja, *o fundamento da lei, fonte do dever, ainda é a razão*. Ademais, *a lei, decorrente da vontade concordante e unida*, é, no modelo kantiano, *expressão da liberdade* e, portanto, obedecê-la, em última instância, é uma obrigação, porque ela é justa, não havendo de se compreender que alguém seja injusto para consigo mesmo, notadamente, na perspectiva contratualista de Jean-Jaques Rousseau.

Por isso, Immanuel Kant considera que “*a lei goza de uma verdadeira autoridade natural para constranger o seu acatamento*”⁸⁴⁰, pugnando por uma compreensão inderrogável da legalidade, independente do seu conteúdo.⁸⁴¹

⁸³⁸ In *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Lepoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002 p.43.

⁸³⁹ OTERO, Paulo, in *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007, p.67.

⁸⁴⁰ OTERO, Paulo, in *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007, p.71.

⁸⁴¹ OTERO, Paulo (in *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007, p.72), neste aspecto, formula uma crítica à postura kantiana e sua divinização do princípio da legalidade, ao propor a obediência da lei em quaisquer circunstâncias e independentemente de seu conteúdo. A proposição de Kant, em sua visão, “*afasta a admissibilidade da figura de um direito de necessidade que, em casos de extrema urgência, habilitasse a infração da lei* (in *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007, p.72); ao mesmo tempo, ela desautoriza qualquer resistência do povo, mesmo que o seu

Esse pensamento secularizado trouxe os *deveres para a esfera estatal e lhe conferiu o monopólio da deverosidade*. O dever só pode emanar da autoridade estatal. O ser humano a nada está obrigado, senão àquilo que a lei do Estado prescrever. Mesmo aí, no plano jurídico, a temática teve um trânsito velado.

De plano, é de se observar que a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789, depois convertida no preâmbulo da Constituição Francesa de 1793, silenciou completamente em matéria de deveres. De cunho eminentemente individualista, a fraternidade apologética que ela profetizava não passou mesmo de um mito, nada mais que uma alegoria.

Na Constituição de Weimar⁸⁴² de 1919, em que pese o pioneirismo de sua conformação social, nela existia apenas uma parte intitulada “*Direitos Fundamentais e Deveres Fundamentais dos alemães*”. Sem embargo de preconizar a existência de deveres para o povo alemão, a Constituição de Weimar, vale salientar, era marcada pelo relativismo e pela ausência de proteção (padecia de mecanismos de controle da própria Constituição) e foi, bem por isso, incapaz de impedir as atrocidades praticadas pela Alemanha nazista. Tanto é que Hitler governou aquele país levando ao extremo a pretensão de purificação da raça ariana sem mudar absolutamente nada na aludida Constituição e sem nada alterar no BGB (Código Civil Alemão), apenas logrando convencer as pessoas, com o seu carisma, daquilo que era certo ou errado segundo a sua compreensão de mundo, fazendo certo, como enfatiza Celso Lafer⁸⁴³, que o “*amorfismo jurídico que caracteriza o Estado totalitário torna sem sentido a definição do Direito pela forma*”.

conteúdo da lei seja materialmente contrário ao Direito e, portanto, configure, na prática, a própria expressão do arbítrio. A única exceção que o autor identifica no modelo Kantiano quanto a essa realidade de inderrogável dever de obediência à lei injusta, consiste no fato de o Chefe de Estado não estar sujeito ao constrangimento legal como todos os demais membros da coletividade.

⁸⁴² Que bem observa André Rodrigues Corrêa (in *Solidariedade e Responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.136), como resultante de um projeto conciliatório, “*produzirá importantes modificações na Relação entre o Direito Constitucional e o Direito Privado, acarretando, conseqüentemente, um influxo socializante neste último*”. Sublinha o mesmo autor que, nesse período, a Constituição ganha, na Alemanha, uma função de guia e os direitos fundamentais começam a atuar como princípios programáticos que deveriam ser levados em conta pelo legislador ordinário no estabelecimento da legislação infraconstitucional.

⁸⁴³ In *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. 1ª impr. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p.19. Com efeito, o autor lembra que “*a Constituição de Weimar nunca foi ab-rogada durante o regime nazista*”; mas destaca, por outro lado, que a Lei de 24 de março, de 1933, deu a Hitler plenos poderes e “*isso não só teve o efeito de legalizar a posse de Hitler no poder como o de legalizar geral e globalmente suas ações futuras*” (op.cit., p.95), sendo mais do que confirmado no poder, pois se tornou a fonte de toda a legalidade positiva, em virtude de uma lei oriunda do Parlamento. Do mesmo modo, sublinha Celso Lafer, “*a Constituição stalinista de 1936, completamente ignorada na prática, nunca foi abolida*” (op.cit., p.95).

Já o artigo 29, nº 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, dispõe que “*Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível*”. Cuida-se de uma cláusula *geral* que afirma que o ser humano tem deveres para com a comunidade, fora da qual sequer é possível o livre e pleno desenvolvimento de sua condição de pessoa, no paradigma personalista que defendemos.

Em que pese isso diga muito - e, a nosso juízo, com solar clareza -, tal dispositivo não tem recebido a devida atenção no sentido de ser compreendido como uma projeção do princípio da solidariedade como uma norma *jus cogens* no âmbito interno de cada Estado, como na esfera da comunidade internacional.

A doutrina, por isso, tem afirmado que a Carta da ONU, embora refira genericamente *deveres*, não define o que eles efetivamente constituem e não os elenca; compreendidos como conceito extremamente vago ou indeterminado, não têm sido objeto de especulação doutrinária no que concerne ao seu acolhimento pelas Constituições e sua função no que tange à atividade interpretativa dos preceitos constitucionais, tema que será retomado mais adiante.

Os deveres fundamentais vêm reconhecidos, igualmente, no preâmbulo do *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos* de 1992 (considerando que a Carta das Nações Unidas impõe aos Estados a obrigação de promover o respeito universal e efetivo dos direitos e das liberdades do homem; compreendendo que o indivíduo, por ter deveres para com seus semelhantes e para com a coletividade a que pertence, tem a obrigação de lutar pela promoção e observância dos direitos reconhecidos no presente Pacto...); no artigo 32º, nº 1 da *Convenção Americana dos Direitos do Homem*⁸⁴⁴ e no artigo 29º, 7º da *Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos*⁸⁴⁵ de 1981.

Na Constituição de Bonn - Alemanha, de 1949, não há um “*capítulo, título ou parte subordinada à epígrafe direitos e deveres fundamentais*”⁸⁴⁶; existe apenas um capítulo intitulado *Direitos Fundamentais*. Entretanto, a aludida Constituição Alemã consagrou o Estado Social, na dicção dos artigos 18º, I, e 28º, I da Lei Fundamental, além de prever, expressa ou implicitamente, ao longo de seu texto, diversos deveres fundamentais.

⁸⁴⁴ CADH, de 1969, também conhecida como *Pacto de San José da Costa Rica*.

⁸⁴⁵ Também denominada *Carta de Banjul*.

⁸⁴⁶ Casalta Nabais, José, in *Dever Fundamental de Pagar Impostos*, p.19.

Na França, deu-se o mesmo, ao tradicional argumento de que, numa Constituição liberal, *os deveres se identificam com os direitos*, ou seja, são destes imanentes, sendo mesmo desnecessária sua disciplina constitucional.

A Constituição Espanhola de 1978, em seu artigo 9º, nº 1, estabelece *um dever genérico de sujeição do Estado e dos cidadãos à Constituição* (dever de respeito da Constituição e do ordenamento jurídico) que, lido isoladamente, parece tendente a afirmar a sua supremacia normativa, impressão que se desfaz quando, ao longo de seu texto, não deixa de consignar *deveres fundamentais autônomos*, como ocorre, por exemplo, no artigo 30º, que prevê *o dever de defesa da pátria*, dever ligado à própria existência e subsistência da comunidade política, dentre outros.⁸⁴⁷

A Constituição Italiana em vigor contém, em seu artigo 2º, uma *cláusula geral* de veracidade, dispondo que *“A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, quer como ser individual, quer nas formações sociais onde se desenvolve a sua personalidade, e requer o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social”*. O artigo 54 consigna também, que *“Todos os cidadãos têm o dever de ser fiéis à República e de observar a Constituição e as Leis”*.

Igualmente o *Tratado de Maastrich*⁸⁴⁸, no seu artigo 17º, nº 2, dispõe que *“os cidadãos da União gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres previstos no Tratado”*; entretanto, ao longo do restante do texto, não concretiza qualquer dever.

⁸⁴⁷ Santiago Varela Diaz (in *La Idea de Deber Constitucional*. REDC, 4/1982, p.69 e s) aponta a curiosa circunstância em que tal dispositivo restou introduzido na Constituição Espanhola: *“El texto correspondiente que propuso la ponencia encargada de preparar el anteproyecto constitucional, y en el que se incluía La referida sujeción de los ciudadanos, no fue objeto de enmienda o debate en la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso de los Diputados ni en el Pleno de esta Cámara. Sin embargo, en La correspondiente Comisión del Senado, a raíz de una enmienda defendida por Lorenzo Martín Retortillo, del grupo de Progresistas y Socialistas Independientes, se acordaría modificar el precepto en el sentido de suprimir aquella referencia a los ciudadanos y de fijar solamente la sujeción de los poderes públicos. Que el sometimiento de los ciudadanos al ordenamiento jurídico y a las cargas públicas formaba parte esencial de la idea de Derecho y del aparato coactivo del Estado era algo - según el senador Martín Retortillo - que resultaba obvio, por lo que su afirmación en la Constitución parecía innecesaria, en contraste con el interés primordial, que era el de afirmar la limitación o sujeción del poder público. El argumento, por lo que tenía de incompleto, no era, desde luego, definitivo. Pero fue suficiente para obtener el apoyo de otros senadores, hasta el punto que la enmienda sería aprobada por unanimidad de la Comisión y, más tarde, del Pleno Del Senado. No deja, por ello, de encerrar un cierto misterio que la Comisión Mixta Congreso-Senado decidiera, finalmente, reponer la version originaria del precepto. En consecuencia, no disponemos de indicación alguna sobre cuáles fueron los motivos que impulsaron a los autores de nuestra Constitución a establecer la sujeción de los ciudadanos a la misma, es decir, a declarar la existencia de un amplio «deber constitucional», ni sobre el alcance con que concibieron esa fórmula”*.

⁸⁴⁸ Também conhecido como *Tratado da União Europeia* (TUE), firmado em 07 de fevereiro de 1992, na Holanda. Constituiu um marco significativo no processo de unificação europeia, fixando que à integração econômica até então existente entre diversos países europeus se somaria uma unificação política. O seu resultado mais evidente foi a substituição da denominação Comunidade Europeia pelo termo atual União Europeia.

Também a *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*⁸⁴⁹, adotada em 2000, não faz alusão a quaisquer deveres, mesmo que a própria cidadania implique tanto direitos como deveres.⁸⁵⁰

O *Tratado de Assunção*, de 26 de março de 1991, mediante o qual a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai instituíram o Mercado Comum do Sul, o Mercosul, reza, em seu artigo 2º, que “o Mercado Comum estará fundado na reciprocidade de direitos e obrigações entre os Estados- Partes”. Silencia quanto a uma deverosidade específica.

Nesse panorama meramente ilustrativo, a Constituição Brasileira de 1988⁸⁵¹, como observam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins⁸⁵², também não faz referência específica a deveres fundamentais, embora o Capítulo I do Título II seja intitulado “*Dos direitos e deveres fundamentais individuais e coletivos*”, não obstante as diversas disposições constitucionais ao longo de seu texto que fazem referência a deveres do Estado ou dos indivíduos.

Apenas para exemplificar, coteje-se o artigo 217 (*É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais...*); o artigo 227 (*É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à*

⁸⁴⁹ Que, destarte, cuida-se de uma declaração e, na dogmática jurídica, não possui efeito vinculante.

⁸⁵⁰ Embora maciça maioria da doutrina perfilhe a ideia de que os direitos antecedem os deveres, há que se destacar a posição contrária de Joseph Rován, em *Como Tornar-se um Cidadão da Europa. Primeiro os Deveres, Depois os Direitos*, para a qual remetemos o leitor (<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>, Acesso em 25/03/2013). Nela, o autor propõe exatamente a primazia dos deveres sobre os direitos, a antítese do pensamento liberal, topicamente a propósito da formação da Comunidade Europeia.

⁸⁵¹ Embora o “dever”, como instituto, no constitucionalismo brasileiro, conforme demonstra Caroline Vieira Ruschel (*O Dever Fundamental de Proteção Ambiental*. In *Direito & Justiça*. Vol. 33, nº 2. Dez-2007, Porto Alegre, pp.231-266) não seja nenhuma novidade: A Constituição de 1824 previa a responsabilidade de todos os brasileiros pegarem armas para a proteção da pátria, dever que tinha a finalidade de assegurar a soberania nacional; na Constituição de 1891, iremos encontrar deveres do Congresso Nacional, do Poder Executivo, bem como o dever de respeito às diferentes crenças religiosas; na Constituição de 1934, iremos nos defrontar com os deveres de proteção à liberdade individual. Na Constituição de 1934, ano em que ocorreram grandes modificações no cenário político-jurídico nacional, aparece, pela primeira vez, uma Declaração de Direitos e Deveres do Cidadão em uma Constituição brasileira. A Constituição de 1937 consagrou deveres da União, direitos e garantias individuais e o direito de propriedade. A Constituição de 1946 continha notória preocupação com as finanças públicas, enunciando inúmeros deveres associados a esse tema. A Constituição de 1967, revisada pelos Atos Institucionais de 1969, ditadas sob o regime militar, consagrava, antes de mais nada, deveres de respeito ao Estado. Portanto, a noção de deveres acompanhou a evolução cronológica dos direitos fundamentais nas Constituições brasileiras, ou seja, à medida que os indivíduos se tornavam destinatários de direitos de liberdade e igualdade, amadureciam o Estado Democrático e adquiriam obrigações para com o Estado e a coletividade. Porém, só a Constituição Federal de 1988 consagrou deveres fundamentais relacionados a ideais de solidariedade, que pressupõe a participação da sociedade na efetivação de direitos e garantias transindividuais, entre outras formas de expressão do princípio da solidariedade.

⁸⁵² In *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.59.

profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão); e o artigo 205 (*A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho como direito de cada um, observados...*).

Ainda, o artigo 196 (*A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*); o artigo 208 (*dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:*), e o artigo 225 (*Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*).

Na Constituição Portuguesa, Jorge Miranda⁸⁵³ destaca não haver disposição geral sobre deveres, tampouco uma enumeração paralela à dos direitos. De efeito, nela também não podemos falar de um *catálogo* de deveres fundamentais.

No mesmo sentido é a lição de José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira⁸⁵⁴ que sublinham a ausência de sistematicidade no trato da matéria pela Lei Fundamental Portuguesa de 1976, vez que nela não existe uma divisão específica destinada aos deveres fundamentais, como não há nenhum capítulo dedicado especificamente a deveres; só subordinadamente é que surgem enunciados inerentes a deveres associados a direitos por ela contemplados.

Tais deveres - que se acham ligados a direitos fundamentais -, os autores designam como *deveres conexos com deveres fundamentais*, e citam como exemplos o dever cívico de voto, conexo ao dever de voto; o dever de educação dos filhos, associado ao respectivo direito; o dever de prestação, durante a greve, de serviços necessários e essenciais à segurança e à manutenção de equipamentos e instalações, bem como de serviços mínimos indispensáveis à satisfação de necessidades sociais impreteríveis; o dever de defesa e de promoção da saúde; o dever de defesa do meio ambiente, de escolaridade básica, dentre outros.

⁸⁵³ In *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2003, p.175.

⁸⁵⁴ In *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol .I, 4ª ed., rev. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 319.

São casos de direitos-deveres, em que os direitos assumem primazia; mas casos há em que o inverso se verifica, ou seja, em que o *dever* se sobressai ao direito, como é a hipótese do *dever de defesa da pátria* e o *dever de recenseamento eleitoral*, exemplificativamente.

Contudo, na Constituição, ensinam José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira⁸⁵⁵, não têm assento somente os ditos deveres conexos, havendo, ainda, outros que não estão de nenhum modo relacionados com direitos. A estes os autores designam *deveres autônomos*, dentre os quais avultam o *dever de pagar imposto* e o *dever de colaboração com a administração eleitoral*, para ficar em poucos exemplos.

Mesmo quando conexos a direitos fundamentais, segundo o magistério dos autores acima referidos, os deveres fundamentais não são apenas um componente ou uma parte integrante de tais direitos. Ao revés, eles configuram uma categoria constitucional autônoma; não se reconduzem, como afirmam José Gomes Canotilho e Vital Moreira⁸⁵⁶, “a categorias ético-estaduais (embora historicamente apareçam associados à ética republicana da Revolução Francesa, momento em que se individualizaram como deveres republicanos, o dever de obediência às leis, o dever de defesa da pátria, o dever de serviço militar etc.); por outro lado, significa que eles não se confundem com restrições ou limitações de direitos fundamentais, embora possam vir a justificar na sua qualidade de bens constitucionalmente protegidos (defesa, saúde, trabalho), para efeitos de autorizarem restrições aos direitos fundamentais”.

O constituinte português de 1976 enfatiza José Carlos Vieira de Andrade⁸⁵⁷, teve um especial cuidado de não incluir *deveres* no título relativo aos direitos, liberdades e garantias, observação feita a propósito de defender uma postura de não-funcionalização da liberdade, que é, em regra, o que enfatiza a doutrina, ao sustentar que não há correspondência entre os direitos fundamentais e os deveres fundamentais autônomos, no que estamos completamente de acordo, pois cada um realiza uma dimensão da dignidade da pessoa humana.

Assim, depois do artigo 9º, onde a Constituição da República Portuguesa trata das *Tarefas do Estado*, na Parte I, o legislador constituinte tratou dos direitos e deveres fundamentais, dispondo especificamente sobre direitos, liberdades e garantias, a partir

⁸⁵⁵ In *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I, 4ª ed., rev. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 320.

⁸⁵⁶ In *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I, 4ª ed., rev. Coimbra: Coimbra, 2007, pp. 320-321.

⁸⁵⁷ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, in *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 166.

do Título II, inaugurado com Capítulo I, versando sobre os direitos, liberdades e garantias pessoais (art. 24º). Dos deveres, contudo, tratou esparsamente.

Por outro lado, embora a Constituição Portuguesa não contenha um rol específico de deveres fundamentais, nem por isso o tema dos deveres constitucionais deixou, como visto, de aparecer. Sem pretensão de exaurir a exemplificação, veja-se o artigo 12º, nº 1 (*Todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição*); o artigo 12º, nº 2 (*As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza*); o artigo 13º, nº 2 (*Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social.*); o artigo 15º, nº 1 (*Os estrangeiros e os apátridas que se encontrem ou residam em Portugal gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres do cidadão português*); e o artigo 36º, nº 3 (*Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos*); o artigo 36º, nº 5 (*Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos*); o artigo 36º, nº 6 (*Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial*); o artigo 57º, nº 3 (*A lei define as condições de prestação, durante a greve, de serviços necessários à segurança e manutenção de equipamentos e instalações, bem como de serviços mínimos indispensáveis para ocorrer à satisfação de necessidades sociais impreteríveis*).

Poderiam ser citados ainda, o dever de defender e de promover a saúde (artigo 64º, nº 1), o dever de defender o ambiente (artigo 66º, nº 1), os deveres dos pais ou dos tutores para com as pessoas portadoras de deficiências (artigo 71º, nº 2), o dever de escolaridade básica (artigo 74º, nº 2, *alínea a*), o dever de preservar, defender e valorizar o património cultural (artigo 78º, nº 1), o dever de pagar impostos (artigo 103º, nº 02) e o dever fundamental de defesa da pátria (artigo 206º, nº), dentre outros.

A par da assistematicidade na sua disciplina constitucional sob o ponto de vista doutrinário, quando o tema dos deveres fundamentais se coloca em pauta, ele é recorrentemente apresentado como vinculado à chamada *dimensão axiológica* dos direitos fundamentais, “*decorrente da ideia de que estes incorporam e expressam determinados valores objetivos fundamentais da comunidade*”⁸⁵⁸, e devem, por isso, ter sua eficácia valorada não apenas segundo a ótica individualista, isto é, sob o enfoque da

⁸⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, in *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p.162.

pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas, também, sob o ponto de vista da sociedade, compreendida como a comunidade enquanto um todo.

Com essa ideia, a doutrina estrangeira, em especial a alemã, a partir de estudos de Ernest Wolfgang Böckenförde, Konrad Hesse, J. Iseseem, H. Hofmann V. Gotz, Carl Schmidt e outros chegou, gradativamente, à conclusão de que *“a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais constitui função axiologicamente vinculada, demonstrando que o exercício dos direitos subjetivos individuais está condicionado, de certa forma, ao seu reconhecimento pela comunidade na qual se encontra inserido e da qual não pode ser dissociado”*⁸⁵⁹ e, por isso, fala em uma espécie de *responsabilidade comunitária do indivíduo* e até em uma eficácia horizontal dos próprios direitos fundamentais, mormente nas relações intersubjetivas entre particulares que estejam em posições jurídicas de desigualdade fática (frente a entidades ou relações de poderes de fato).

A Lei Fundamental, nessa compreensão, não é formada apenas por regras e princípios; subjaz ao sistema de normas uma *ordem objetiva de valores*, uma ordem hierárquica definida de valores constitucionais⁸⁶⁰. O Estado de Direito, nesse perfil, não é governado apenas pelo Direito - aqui, especificamente no contexto desta ideia, para

⁸⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, in *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p.162. Essa teoria foi especialmente desenvolvida a partir de um crítico de Hans Kelsen, o jurista alemão Rudolf Smend (in *Constitución y Derecho Constitucional* (1928). Tradução de José Maria Benyto Pérez. Madrid, 1985, pp. 44-51), já nos últimos tempos da República de Weimar, sob a designação de *“Teoria da Integração”* (mediante a qual o autor concebe a integração dessa ordem concreta de valores como a razão de ser do Estado num duplo sentido: o Estado tem o dever de integrar as diversas realidades nele contidas, a parte de ele mesmo existir e se desenvolver a partir de uma integração que nada mais é do que uma permanente renovação com tal ordem concreta de valores), quando instalado mais fortemente o debate sobre o que era, afinal, uma Constituição, cujas ideias foram retomadas, especialmente no segundo pós-guerra, para balizarem tanto a doutrina como a jurisprudência alemã, por preconizarem a existência de uma ordem concreta de valores que se encontra subjacente ao arcabouço constitucional do Estado, ao mesmo tempo em confere legitimação aos Tribunais para, em sede interpretativa, encontrá-la. Essa ordem concreta, adiante, é personificada nos direitos fundamentais, tendo como um de seus grandes entusiastas Robert Alexy (in *Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade*. Tradução de Luís Afonso Henck. Revista de Direito Privado. Ano 6. Vol. 24. São Paulo: RT, outubro-dezembro de 2005, p. 336), que, inclusive, desenvolveu uma metodologia de aplicação da teoria de Rudolf Smend que seria a ponderação de valores, com uma projeção de proeminência ou primazia de uns em detrimento de outros, a cargo dos tribunais, numa conjugação de validade formal com uma densidade de normatização material.

⁸⁶⁰ KOMMERS, Donald P., in *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 2ª ed. Durham: Duke University Press, 1997, p.32), sintetiza o que significa essa teoria para os alemães, ao sublinhar que *“não há qualquer debate na Alemanha, como há nos Estados Unidos, sobre se a Constituição fixa primordialmente procedimentos ou valores. Os alemães não mais entendem sua constituição como uma simples expressão de uma ordem real de poder. Eles normalmente concordam que a Lei Básica é fundamentalmente uma constituição normativa que abrange valores, direitos e deveres. Como veremos, a admissão de que a Lei Fundamental é um documento orientado a valores - em verdade, um documento que estabelece uma ordem hierárquica de valores - é uma idéia familiar à jurisprudência constitucional alemã”*.

efeitos didáticos, compreendido como sinônimo de Lei e de Direito posto -; ele também é entendido como um código substantivo (*substantive charter*) de justiça.

Nessa linha de raciocínio, todo o Direito Positivo deve guardar conformidade com essa ordem de valores consagrada pela Lei Fundamental - enquanto diversa dos direitos e garantias individuais -, que informa a Constituição como um todo.

Os deveres fundamentais estariam associados a essa dimensão objetivo-valorativa⁸⁶¹, pois esta legitimaria as restrições de direitos fundamentais, tendo em conta um interesse comunitário prevalente, além de constituir uma perspectiva que contribui para a limitação e para o alcance dos direitos fundamentais, que reclamam o acautelamento de seu núcleo essencial para a salvaguarda e preservação desses mesmos direitos.

É nesse contexto - do qual se poderia pensar numa prospecção do *personalismo*, mas ainda segundo uma compreensão incompleta da própria dignidade da pessoa humana - que, no Pós-Guerra, como referido em momento anterior deste estudo, engendrou-se na ordem internacional, um novo conceito de direitos humanos e, no âmbito interno, um *constitucionalismo de valores* - segundo o qual muitos autores têm enfrentado a problemática da solidariedade e dos deveres fundamentais, pois, nessa ótica, os direitos fundamentais passaram a se apresentar na ordem constitucional como “*um conjunto de valores básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas como garantias negativas dos interesses individuais*”.⁸⁶²

A teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, efetivamente, postula um olhar para a Constituição com outros olhos, não fazendo qualquer apelo a que ela deixe de ser, em primeira linha, o lugar próprio da organização do poder político e sua limitação, bem como do estabelecimento dos direitos, liberdades e garantias do indivíduo e sua proteção, mas que ela seja também compreendida como a ordem jurídica fundamental da comunidade; é dizer, não só como a Lei do Estado, mas, ao mesmo tempo, como o Estatuto da Pessoa, em sua essencialidade individual e social e, portanto, como *norma fundamental da pessoa humana* e de toda a sociedade e, por conseguinte, um lócus em que se acham condensadas proteções das posições jurídicas

⁸⁶¹ Da qual se ouviu falar, pela primeira vez, como *ratio decidendi*, na Alemanha, quando o Tribunal Constitucional enfrentou “*o Caso Lüth*”, de 1958, em que se colocavam em conflito a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa. Na ocasião, a Corte Federal Constitucional alemã reconheceu expressamente que os direitos fundamentais não se limitavam à sua função precípua de direitos subjetivos em face do Estado, mas constituíam, também, de decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, que se irradiam para todo o ordenamento jurídico e, bem por isso, se vinculam os poderes públicos e as entidades privadas.

⁸⁶² SARLET, Ingo Wolfgang, in *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p.159.

subjetivas, mas, também, as decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva, com eficácia em todo o ordenamento jurídico, decisões essas que fornecem as diretrizes para todos os poderes do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário), bem como para todas as demais relações sociais (no que se insere o princípio jurídico da solidariedade).

No dizer de José Joaquim Gomes Canotilho⁸⁶³, pugna-se que ela seja compreendida “*como uma revelação normativa do consenso fundamental de uma comunidade política relativamente a princípios, valores e ideias diretrizes que servem de padrões da conduta política e jurídica nessa comunidade*”.

Bem por isso, Antônio Henrique Peres-Luño⁸⁶⁴ irá conceber essa dimensão objetiva dos direitos fundamentais com uma função legitimadora do Estado de Direito, que decorre justamente dessa significação axiológico-objetiva que eles possuem, porque constituem os pressupostos do consenso sobre o qual se funda qualquer sociedade democrática.

Os direitos fundamentais exercem um papel sistematizador do conteúdo axiológico-objetivo do ordenamento jurídico, mas essa assertiva é, a nosso modo de ver, incompleta. Em boa verdade, é a pessoa humana e sua dignidade eminente (em que se fundam os direitos fundamentais e a própria solidariedade que se concretiza com os deveres), compreendida em toda a sua essencialidade, que exerce esse papel sistematizador do conteúdo axiológico-objetivo do ordenamento jurídico: é a pessoa humana, em sua essência (individual, em primeira linha, mas necessariamente social, ambas imprescindíveis à realização da sua condição humana e imanescentes da dignidade a ela inerente), que constitui o eixo sistematizador do conteúdo do ordenamento jurídico, resultando daí uma exigência não só de respeito aos direitos que lhes são naturalmente decorrentes, mas, também, de uma atuação efetiva e independente dos direitos, notadamente de caris solidário, e uma exigência dos deveres fundamentais na realização do *bem comum*.

Ingo Wolfgang Sarlet⁸⁶⁵, tocante à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, adverte que ela não consagra o *reverso da medalha* relativamente à perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, pois a faceta objetiva “*desemboca no reconhecimento de conteúdos normativos e, portanto, de funções distintas dos direitos*

⁸⁶³ In *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1438.

⁸⁶⁴ In *Los Derechos Fundamentales*. 6ª ed. Madrid: Editora Tecnos, 1995, pp. 20-21.

⁸⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang, in *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 160.

fundamentais”, como uma espécie de *mais valia jurídica*, num sentido de reforço de juridicidade das normas definidoras de direitos fundamentais.⁸⁶⁶

No contexto do que os alemães pacificamente preconizam como *uma ordem objetiva de valores*, podemos dizer que, se um direito fundamental é um direito negativo contra o Estado, esse direito também representa um valor e, enquanto valor, ele impõe ao Estado uma obrigação positiva de assegurar que tal direito se torne uma parte integrante do ordenamento jurídico. Daí a abordagem quase sempre conexa do tema dos deveres fundamentais com a dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais.

José Carlos Vieira De Andrade⁸⁶⁷, na mesma linha de raciocínio, não desconhece essa imbricação. Segundo o autor, a concepção de deveres fundamentais é geralmente apresentada em conexão com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, por se entender que em ambos, naqueles e nestes, estão em causa a moderação, a correção e a superação das *teses emancipatórias do liberalismo individualista*.

A dimensão subjetiva⁸⁶⁸ dos direitos fundamentais seria insuficiente, a seu juízo, para expressar juridicamente as relações entre os cidadãos e os poderes públicos: “*Aqueles não caberiam apenas direitos nem a estes meros deveres*”⁸⁶⁹. Destaca José Carlos Vieira de Andrade, que o tema é antigo, mas, não obstante, se coloca nos dias atuais, tanto no plano teórico da construção do Estado, como no plano prático de integração social, na medida em que põe em causa a imprescindibilidade de defesa da própria Democracia e correlata participação ativa dos cidadãos na vida pública, e um impositivo (ou obrigatório) empenho solidário de todos na transformação das estruturas sociais.⁸⁷⁰

⁸⁶⁶ E aqui, Ingo Wolfgang Sarlet chama atenção no sentido de que, desde a perspectiva da Constituição como um sistema aberto de regras e princípios, não devemos esquecer que tanto regras como princípios podem consagrar direitos individuais fundamentais como meramente objetivos. Ou seja, direitos subjetivos fundamentais e objetivos, podem ser disciplinados quer por meio de regras, quer por meio de princípios, com isso esclarecendo que é neutra, para a diferenciação entre dimensão subjetiva e dimensão objetiva dos direitos fundamentais, as distinções doutrinárias entre regras e princípios (op. cit., pp. 160-161).

⁸⁶⁷ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, in *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 159.

⁸⁶⁸ Ingo Wolfgang Sarlet considera que a perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, em coexistência com a sua perspectiva subjetiva, constitui “*uma das mais relevantes formulações*” (in *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, pp. 157-158). Não obstante, adverte que, embora já se possa falar em um certo consenso quanto à existência dessa faceta dos direitos fundamentais, o mesmo não se pode dizer em relação ao seu conteúdo, significado e suas implicações, de modo que, nestes aspectos, ainda está completamente em aberto o dissídio doutrinário e jurisprudencial, inclusive no que concerne à terminologia.

⁸⁶⁹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, in *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 160.

⁸⁷⁰ Vieira de Andrade, José Carlos, in *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 160.

Ingo Wolfgang Sarlet⁸⁷¹ igualmente reconhece que os deveres fundamentais possuem uma íntima vinculação com a designada dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, com efeito, “*além de dizerem respeito à tutela e à promoção da pessoa em sua individualidade, considerada como titular de direitos, representam valores da comunidade em seu conjunto, valores estes que o Estado e a sociedade devem respeitar, proteger e promover*”.

Mas essa vinculação dos deveres fundamentais à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, adverte o autor, não é exclusiva. Eles se acham umbilicalmente ligados à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que representam valores da comunidade em seu conjunto, mas não é só esse o seu significado.

Já distante da acepção que inseria e esgotava os deveres fundamentais na temática dos limites dos direitos fundamentais (imanentes e restrições) - perspectiva que, destarte, até dispensaria mesmo um tratamento autônomo -, a nosso modo de ver, eles subsistem de modo independente e autônomo *e não resultam apenas de uma ordem objetiva de valores eleitos por uma comunidade*. Aqui começam as nossas divergências que, na essência, são de base, de fundamento.

Os deveres fundamentais, por meio dos quais a solidariedade, expressão da justiça que intenta realizar o *bem comum*, ganha concretização, não têm e não podem ter por fundamento apenas essa ordem objetiva de valores “eleitos” por uma comunidade, porque, antes de constituírem uma exigência estrutural de qualquer Constituição, os deveres fundamentais configuram uma exigência do próprio “*bem comum*” - cuja solidariedade intenta realizar (enquanto forma de expressão de justiça, na vertente da igualdade substancial), decorrente, ao fim e ao cabo, da própria dignidade da pessoa humana que, como vimos, é, em si, relacional, considerando que só em sociedade o indivíduo pode se realizar e desenvolver em plenitude, a sua personalidade e as suas potencialidades humanas.

Por compreendê-los assim, tal como os direitos fundamentais, os deveres fundamentais são uma categoria inata e autônoma, que, concretizando uma expressão da justiça - a solidariedade, que realiza o *bem comum* -, impõe deveres a todos os estratos da vida coletiva, inclusive ao Estado e, portanto, *não dependem de convenção humana ou de valores objetivos eleitos* por uma comunidade (mas da humanidade), sendo, portanto, heterovinculantes como elo ou articulação do Estado com a Sociedade, com as pessoas jurídicas e entidades despersonalizadas, no que lhes for compatível, bem como

⁸⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang, in *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 240.

dos indivíduos com os diversos estratos da vida coletiva, conformando, nesta medida, um Estado Solidário, não obstante, tornamos a dizer, a solidariedade tenha sido acolhida na maioria dos Estados Democráticos de Direito como princípio ordenador da ordem social, jurídica e política.

Em outros termos, os deveres fundamentais são, por conseguinte, uma via de conformação concreta da solidariedade, compreendida como uma manifestação da justiça e uma exigência do *bem comum*, afirmando-se como um princípio personalista de justiça política⁸⁷², que decorre imediatamente do princípio da dignidade da pessoa humana e que, sinteticamente, podemos definir como o conjunto das condições necessárias para que a pessoa humana - individual primeiramente, e necessariamente social - realize sua dignidade (o que reclama ser em si e ser com o outro ou outros). Logo, ao nosso modo de ver, os deveres fundamentais não se acham na esfera de inteira disposição de qualquer comunidade política, nem do Estado, nem da Constituição, nem da lei, pois, como algo que emana da dignidade da pessoa humana; é anterior a qualquer estrato da vida coletiva, embora tenhamos ciência de que a dogmática jurídica não comunga, em larga medida, dessa ideia, senão vejamos.

A palavra “*dever*”, evidentemente, se apresenta em nossa linguagem, com um sentido semântico bem variado. É dito que o antepositivo “*deb*”, do verbo “*debere*” no latim clássico, assinala o étimo ‘*debit*’ - a origem da palavra débito -, que carrega o sentido de *obrigação*; o dever de fazer algo e esse algo será direito de alguém. Enquanto categoria dogmático-jurídica, o débito constituiu uma dívida a ser cumprida. Segundo os cânones do Positivismo Jurídico, haverá, então, uma norma imperativa e obrigatória a assegurar o cumprimento dessa obrigação, colocando a correlação débito-crédito.

Essa ideia sintetiza a compreensão de Hans Kelsen⁸⁷³ sobre o tema dos deveres, inclusive os fundamentais, segundo o qual é a norma jurídica - e só ela - que prescreve o que o sujeito está obrigado ou não a fazer.

Assim, a conduta somente pode ser considerada prescrita, isto é, como conteúdo de um *dever jurídico*, se produzida por outra que a autorize e se ligada a uma norma oposta que represente um ato coercitivo de sanção, porquanto não há falar em dever sem uma correspondente prescrição sancionatória, mesmo que abstrata.

⁸⁷² DI LOREZO, Wambert Gomes, in *Teoria do Estado de Solidariedade*, p.67.

⁸⁷³ *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fonte, 2000, pp.128-133.

Logo, a conduta prescrita pode ser coercitivamente exigível. O dever será, portanto, o conteúdo (positivo ou negativo) da norma imperativa em razão de outra norma sancionatória de seu incumprimento existente dentro do sistema.

O Direito, no âmbito jurídico, segundo o jurista austríaco retrorreferido, precede ao dever, em postura oposta ao que ocorre com a Moral, em que o dever precede ao Direito. Portanto, na seara jurídica, no contexto de sua teoria, o Direito se acha completamente esvaziado de qualquer conteúdo moral e mesmo de valor, na medida em que ele só existe como decorrente de uma norma jurídica válida e coercitiva; seu incumprimento acarretará as consequências que o próprio sistema normativo prever.

Hans Kelsen distingue dever de responsabilidade, pois, enquanto o dever recai sobre a pessoa para a qual a norma determina uma conduta, a responsabilidade poderá incidir sobre terceiros (conforme ela própria preveja), que irão responder pelo que é devido pelo devedor. É, por exemplo, o caso da responsabilidade tributária e da responsabilidade patrimonial pessoal do sócio de uma pessoa jurídica de direito privado no sistema brasileiro, para ficar em dois exemplos.

Esse, contudo, não é o sentido com que devemos compreender os deveres fundamentais em um Estado democrático e social de Direito em que a Constituição se afasta, como anotam Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira⁸⁷⁴, substancialmente, “*da matriz valorativa das declarações oitocentistas de direitos - que tinham no seu cerne os valores da liberdade individual e da propriedade -*”.

De fato, as Constituições passaram a consagrar um conceito mais ampliado e atualizado de dignidade da pessoa humana, envolvendo sua essência individual e social, e que, por isso, comina a todos a responsabilidade na construção do *bem comum* e, por conseguinte, não mais concebendo a liberdade sem deveres para com os nossos semelhantes (responsabilidade), nem uma sociedade em que só existam direitos, sem contemplar deveres autônomos que são próprios do homem, não como contrapartida a um direito, como respeito ou como um valor objetivo, mas no sentido de plenitude e reconhecimento de igual dignidade de todos; na acepção de atividade, de corresponsabilidade de um e de todos, como dantes afirmado, pelo destino das pessoas e no apoio para a realização de seus fins últimos. Nossas divergências seguem, portanto, sendo de fundamento, porque, ao nosso modo de ver, isso não decorre de criação pela Constituição. Antes, lhe é anterior e a ela se impõe, porque os deveres se justificam, em

⁸⁷⁴ In *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I, 4ª ed., rev. Coimbra: Coimbra, 2007, p.295.

última análise, pela própria dignidade humana, na acepção de uma igual dignidade de todos, dentro e fora de um quadro constitucional, e que antecede à convenção ou qualquer fenômeno constitucional.

Bem por isso, os deveres, e agora nos referimos aos deveres fundamentais, aqueles que concretizam a solidariedade, vão bem além da ideia clássica e reducionista de simples correspondência a direitos ou de valores objetivamente eleitos por uma comunidade política, pois, em um Estado democrático e social de Direito, plural e compromissório de ideais liberais e sociais, eles *decorrem da condição humana e da dignidade imanente*, anteriores a quaisquer convenções humanas, e conectam, direta ou indiretamente, Estado-indivíduos, indivíduos-Estado e indivíduos-indivíduos, ou seja, se colocam como imperativos ou vinculantes nas relações dos indivíduos com o Estado, do Estado com os indivíduos e nas relações estabelecidas dos indivíduos entre si e entidades privadas, inclusive, das despersonificadas, no que couberam, porque existem, também, em razão do homem como tudo o mais.

Os deveres fundamentais constituem, portanto, uma categoria própria, que expressam imperativos que não estão conectados a direitos correlatos ou à ideia de limites; não se relacionam a um titular abstratamente individualizado ou concreto, tema sobre o qual tangencialmente tem se debruçado a doutrina nacional e estrangeira.

José Casalta Nabais⁸⁷⁵, perfilando o entendimento segundo o qual os deveres fundamentais são “*uma exigência estrutural de qualquer constituição*” e constituem uma categoria constitucional autônoma, destaca que o tema tem sido tratado recorrentemente em duas perspectivas inadequadas, quais sejam, aquela que circunscreve os deveres fundamentais aos direitos fundamentais (acepção liberal), esgotando-os na ideia de limites e restrições; e aquela que os compreende como mera expressão da soberania do Estado (acepção socialista).

Nenhuma dessas perspectivas se mostra, como bem destaca o autor, adequada a um Estado democrático de Direito em que a liberdade do indivíduo não é ilimitada, mas pautada pela responsabilidade (dever), e a soberania estatal está necessariamente limitada e delimitada pela dignidade da pessoa humana. Daí a autonomia (e não independência) dos deveres fundamentais que, tais quais os direitos, integram a *constituição da pessoa*.

À altura, impõe-se desafiar: o que é *a Constituição da Pessoa*? Com todas as deferências aos que nos antecederam nessa análise, a *Constituição da Pessoa* somente

⁸⁷⁵ In *Por uma Liberdade com Responsabilidade*, p.202.

pode ser pensada a partir dela mesma, ou seja, da pessoa humana e dos elementos que dela são essenciais (liberdade, segurança, justiça) e fazem com que ela seja o que é, e sua dignidade imanente, razão pela qual se afigura impossível preceder direitos fundamentais à Constituição e não preceder igualmente deveres como a ela anteriores, com caráter vinculante.

Por antonomásia, pode a dogmática falar em uma dimensão axiológica dos direitos fundamentais, em uma ordem objetiva de valores decorrentes dos direitos fundamentais, ou mesmo de um constitucionalismo de valores. Em nossa leitura, os deveres fundamentais, enquanto maneira de concretização da solidariedade (um forma de expressão da justiça) e que objetiva realizar o *bem comum*, tenha a designação dogmática que for, se inserem no conceito e no conteúdo da dignidade humana e, sendo anteriores a qualquer poder político, não cabe a este sua constituição, mas reconhecimento, proteção ou promoção, eis que dimensão relacional da pessoa humana é o seu verdadeiro estado de natureza, porquanto não se reduz à mera existência física ou biológica.

Gregório Paces-Barba Martinez⁸⁷⁶, na busca de um conceito para os deveres fundamentais, trabalha com a seguinte ordem de ideias: dimensões básicas da vida do indivíduo na sociedade, bens de importância primordial, satisfação das necessidades básicas para organização e funcionamento das instituições públicas e exercício dos direitos fundamentais.

Nenhuma dessas ideias é, a nosso ver, desconexa de uma compreensão em torno dos deveres fundamentais, mas são manifestamente insuficientes - enquanto uma categoria inata, imediatamente decorrente da dignidade humana, que exige um esforço solidário dos indivíduos na construção do *bem comum* -, uma vez que, a nosso juízo, essa categoria autônoma de deveres antecede a existência do Estado, pois ela é uma exigência da própria natureza humana, que confere primazia à liberdade do indivíduo sobre a autoridade do Estado, mas roga, ao mesmo tempo, responsabilidade coletiva (liberdade com responsabilidade), porque a dignidade da pessoa humana se realiza em uma dupla perspectiva: individual e social, reclamando relação, plenitude, reconhecimento e responsabilidade de todos to que tange ao apoio no desenvolvimento da personalidade de cada um.

⁸⁷⁶ MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba, in *Los Deberes Fundamentales*, nº 4. Alicante: Doxa, 1987, p. 336.

José Casalta Nabais⁸⁷⁷, para quem os deveres fundamentais “*constituem uma categoria jurídico-constitucional própria colocada ao lado e correlativa a dos direitos fundamentais*”, busca desenvolver um conceito aproximado dessa que defende como algo autônomo e próprio na Constituição, uma categoria que se situa ao lado e como correlativa dos direitos fundamentais, como corretiva (e não construtiva) da liberdade e que traduz a mobilização do homem e do cidadão para a realização dos objetivos do *bem comum*.

O autor deixa claro que não pretende que o conceito que formula seja algo absoluto, mas compreende que ele seja uma definição que responde de modo satisfatório à maioria dos casos, ou seja, aos que se enquadram dentro de um padrão de normalidade, os ditos *casos comuns*.

Define, assim, os deveres fundamentais, como sendo “*deveres jurídicos do homem e do cidadão que, por determinarem a posição fundamental do indivíduo, têm especial significado para a comunidade, e podem por esta ser exigidos*”⁸⁷⁸. Essa noção, decomposta, segundo o autor, com um certo paralelismo com os direitos fundamentais, os apresenta como *posições jurídicas passivas, autônomas, subjetivas, permanentes e essenciais* que exprimem uma situação de dependência dos indivíduos face ao Estado, revelam o aspecto ou o *lado passivo da relação jurídica fundamental* entre os indivíduos e o Estado ou a comunidade e que tem como titulares aqueles, o que o autor convencionou chamar de “*a outra face*” dos direitos fundamentais, tendo em mente os custos dos direitos.

Cuida-se, na visão do autor, de *posições opostas* a dos direitos fundamentais que, diferentemente, traduzem posições ativas, situações de prevalência do indivíduo em face do Estado e da comunidade. Isso não deve, segundo José Casalta Nabais, levar a crer que os deveres fundamentais sejam posições inativas ou de inércia, como as “*sujeições*”: os deveres fundamentais são situações ativas e implicam um comportamento ativo ou passivo de seus titulares. A alusão à expressão “*sujeições passivas*” quer significar apenas que os deveres fundamentais configuram o lado ou o aspecto passivo da relação jurídica entre o Estado, a comunidade e o indivíduo, ou seja, *aquilo que é exigido do indivíduo em relação ao todo*.

O autor define os deveres fundamentais como posições jurídicas subjetivas, é dizer, posições subjetivamente imputadas ao *indivíduo* pela Constituição; não são, portanto,

⁸⁷⁷ In *Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Almedina, 2004, p.64.

⁸⁷⁸ In *Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Almedina, 2004, p.64.

posições fundamentalmente objetivas resultantes da consagração constitucional de poderes e competências do Estado ou das condições de validade de seu exercício, que o autor compreende como sujeições genéricas ou “*deveres reflexos dos poderes ou competências constitucionais, e não de deveres fundamentais em sentido próprio*”.⁸⁷⁹

Com isso, o autor exclui dos deveres fundamentais as posições jurídicas passivas objetivas, porque estas não lhe parecem afetas à Constituição, ao menos material, do indivíduo, onde se localizam os deveres fundamentais em sentido próprio; as posições jurídicas passivas objetivas dizem mais repeito às Constituições política e econômica.⁸⁸⁰

E o fato de os deveres fundamentais constituírem posições jurídicas individuais, não afasta, a seu ver, a possibilidade de a pessoa coletiva (cuja personalidade tem caráter instrumental, e não final como a personalidade do homem) ser também sua titular passiva, no que for compatível com a sua respectiva natureza, já que, em última instância, por detrás do aludido instrumento ainda está a realização da personalidade jurídica humana, estando, bem por isso, sujeita à pessoa jurídica, aos deveres de pagar impostos, de defesa da pátria, de colaborar com a administração eleitoral, de defesa e de promoção da saúde, de defesa do ambiente, de promoção, defesa e valorização do património cultural, ao dever de exploração da terra⁸⁸¹, enfim, deveres compatíveis com sua condição.

Não invalida, portanto, o princípio da individualidade, o fato de as pessoas coletivas serem elas mesmas titulares de deveres fundamentais. Para tanto, o autor se socorre das lições de José Carlos Vieira de Andrade, para considerá-los, nessa hipótese, deveres fundamentais de natureza análoga (ou deveres fundamentais atípicos).

Nada obsta, por outro lado, a seu ver, que as pessoas coletivas de direito público sejam também titulares de deveres fundamentais que não sejam com elas incompatíveis; nem mesmo o impede o fato de tais pessoas coletivas públicas serem, por natureza,

⁸⁷⁹ In *Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Almedina, 2004, p.69.

⁸⁸⁰ O exemplo que o autor traz à colação são os chamados deveres de tolerância ou de suportar, cujo traço característico reside em pressupor uma atividade de intervenção na vida, na vida, na integridade física ou na propriedade das pessoas, como o dever de suportar a expropriação por utilidade pública (in *Dever Fundamental de Pagar Impostos*, p.68).

⁸⁸¹ Segundo José Casalta Nabais (in *Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Almedina, 2004, pp.70-71), isso vale, também, para as pessoas coletivas públicas, “já que sua natureza não é incompatível com os deveres fundamentais, nem a isso se opõe o facto de as pessoas colectivas serem, por natureza, os titulares activos dos deveres fundamentais. É que, a progressiva pulverização administrativa do estado dos nossos dias torna relativamente frequente que pessoas colectivas de direito público (ou até organismos não-personalizados) se encontrem numa situação de sujeição ou subordinação perante o estado ou outros entes públicos em termos algo semelhantes àqueles em que se encontra o indivíduo em face dos mesmos, não sendo por isso de estranhar que, na medida assinalada, as entidades públicas sejam também titulares dos deveres fundamentais”.

titulares ativos de deveres fundamentais, pois, é bem frequente nos dias atuais, em que são múltiplas as formas de organização administrativa, que pessoas jurídicas de direito público (ou mesmo organismos não personalizados) se achem em situação de subordinação frente ao Estado.

José Casalta Nabais sustenta, também, que os deveres fundamentais constituem posições universais e permanentes, primeiro, porque, enquanto encargos ou *sacrifícios* para com a comunidade nacional, que valem relativamente a todos os indivíduos - e não só apenas para alguns deles -, eles se pautam pelo princípio da generalidade, é dizer, não admitem discriminações não justificadas, característica que não se desfaz pelo fato de haver deveres fundamentais que não são exigíveis de todos os indivíduos, mas apenas de alguns, a exemplo daqueles de que são titulares apenas os nacionais (dever de defesa à pátria), assim como o dever fundamental de sufrágio, que está delimitado por uma determinada idade, e circunscrito, em dados casos, somente aos nacionais; e, ainda, aqueles que se dirigem a certas categorias de pessoas como é o caso do dever de manutenção ou de educação dos pais para com o filho, como o dever de escolaridade obrigatória, para ficar apenas em alguns exemplos.

Os deveres fundamentais são posições jurídicas passivas duradouras ou gerais no tempo e isso, conforme José Casalta Nabais está diretamente ligado à sua irrenunciabilidade, tanto pelo legislador ordinário, como pelo legislador de revisão constitucional.

Por fim, são posições essenciais porque “*hão de ser do mais elevado significado para a comunidade*”⁸⁸², é dizer, haverão de “*revelar-se importantíssimas para a existência, subsistência e funcionamento da comunidade organizada num determinado tipo constitucional de estado ou para a realização de outros valores comunitários com forte sedimentação na consciência Jurídica geral da comunidade...posições que traduzam a quota parte constitucionalmente exigida a cada um e, conseqüentemente, ao conjunto dos cidadãos para o bem comum*”.⁸⁸³

Como facilmente se depreende da posição doutrinária do autor, há deveres fundamentais que se prendem diretamente com a própria existência e subsistência da comunidade enquanto tal ou, num espectro maior, com a existência e a subsistência do próprio Estado, como ocorre com os deveres de defesa da pátria.

⁸⁸² Casalta Nabais, José, in *Dever fundamental de pagar impostos*, p.73.

⁸⁸³ Casalta Nabais, José, in *Dever fundamental de pagar impostos*, p.73.

Outros há, como os deveres eleitorais, que se ligam ao funcionamento democrático do Estado; também há deveres fundamentais de cunho econômico, aqueles que se prendem à manutenção do Estado fiscal (dentre os quais se sobressai, dada a sua relevância, o dever de pagar impostos, sem embargo de outros deveres como o de trabalhar e de explorar a terra); ainda, há deveres que têm mais a ver com aspectos pontuais específicos da comunidade.

Os deveres fundamentais, como sublinha José Joaquim Gomes Canotilho⁸⁸⁴, tal como os direitos, colocam problemas de articulação e de relação do indivíduo com a comunidade. Enquanto estes revelam posições ativas do indivíduo em face do Estado e da comunidade, e dizem o que cada um pode do Estado e da comunidade exigir, os deveres fundamentais irão se revestir de posições passivas e estabelecer o contrário, ou seja, o que cada um deve dar de si para o Estado e para a comunidade.

De rigor, isso significa dizer que todos os indivíduos gozam de direitos fundamentais perante o Estado e a comunidade, ao mesmo tempo em que estão sujeitos a deveres fundamentais consignados, à partida, na Constituição. Dizemos “à partida”, porque, ao contrário do que sustenta majoritariamente a doutrina em torno do fundamento jurídico-político último dos deveres fundamentais⁸⁸⁵, como já adiantamos, perfilamos a existência de deveres fundamentais apriorísticos, decorrentes da condição humana e de sua dignidade imanente e, portanto, anteriores ao Estado, reconhecidos - e não só os constituídos - pela Constituição, na perspectiva de uma *supraconstitucionalidade* radicada na própria ideia de *dignidade da pessoa humana*, do *homem* e seus elementos essenciais, da *essência do Direito*, de fundamentos e fins do poder político, tema que enfrentaremos em capítulo subsequente.

Por ora, sem embargo de nossa posição pessoal, apenas considerando a visão dogmática que vimos de comentar, os deveres fundamentais se apresentam como uma categoria jurídica constitucional própria⁸⁸⁶, porque, em um Estado democrático e social

⁸⁸⁴ In *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp.531-532.

⁸⁸⁵ Veja-se, por exemplo, o pensamento de Carl Schmitt, segundo o qual “*todo o deber existe solo a medida de las leyes, que delimitam el supuesto y contenido del deber*” (in *Teoría de La Constitución*. Versão espanhola de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Universidad Textos, 2003, p.179). No entendimento do constitucionalista alemão, os deveres fundamentais constituem a expressão dos deveres estabelecidos na Constituição; são, por conseguinte, por ela positivamente estabelecidos e limitados. Eles têm como destinatários não o homem em geral, mas os homens que se acham submetidos a uma esfera de poder.

⁸⁸⁶ José Casalta Nabais (in *Por uma Liberdade com Responsabilidade*, p.169) destaca que “*as Constituições, mesmo quando não o dizem, integram diversos deveres fundamentais. A este respeito podemos mesmo considerar que, historicamente, se foram formando tantas camadas de deveres fundamentais quantas camadas de direitos. Assim, temos deveres que vêm da época liberal, como os deveres de defesa da pátria e de pagar impostos; temos deveres que são o contributo da ‘revolução*

de Direito, o indivíduo não pode deixar de ser entendido como livre, e ao mesmo tempo, responsável como pessoa.

Contudo, isso não afasta a imprescindibilidade de os deveres fundamentais coexistirem com a matéria dos direitos fundamentais, ainda que estes assumam primazia, porque a parte vem antes do todo, especialmente porque ambos dizem respeito à *constituição da pessoa humana*. Nossa divergência, bem de ver, não reside neste aspecto, mas, sim, no que respeita ao fundamento último dos deveres fundamentais e sua natureza. Enquanto para a dogmática tradicional, os deveres fundamentais têm natureza constitutiva, a nosso ver, pelas razões tantas vezes sustentadas, eles têm natureza declaratória, que não depende da vontade de qualquer poder estatal.

José Joaquim Gomes Canotilho⁸⁸⁷ observa que, quando se refere aos deveres fundamentais como fundamento constitucional, não quer promover, em primeira linha, a defesa de ideias morais ou metafísicas, mas o de *“radicar posições de direitos fundamentais ancorados na liberdade, na dignidade da pessoa humana, na igualdade no direito e através do direito”*.

De um modo um pouco distinto, tal pensamento é ratificado por José Casalta Nabais⁸⁸⁸ ao enfatizar os deveres fundamentais como deveres jurídicos e não *“a soma dos pressupostos éticos de vigência da própria Constituição ou de meros deveres morais”*, o que não impede, como registra o autor, que, *“para além de deveres jurídico-constitucionais, eles continuem a ser o que, por via de regra, já eram antes de sua integração ao direito (e, portanto, na constituição), deveres morais”*.

A questão que se coloca aqui é a de saber se, fora da ideia de Constituição, o ser humano existe ou não? É uma ficção? Sua dignidade imanente é um nada em concreto? A realidade mostra que não; que, muito antes de qualquer fenômeno constitucional, o mesmo homem concreto, de carne e osso, e relacional, existiu. E ele nunca foi uma abstração metafísica; sempre manteve, com maior ou menor reconhecimento, sob diferentes fundamentos, ainda que possamos contestá-los e repudiá-los, uma dignidade imanente, que foi apenas sendo aperfeiçoada no decorrer da história, com avanços e retrocessos.

democrática’, consubstanciada na conquista do sufrágio universal, que nos deixou os deveres políticos como os deveres de sufrágio e de participação política; temos, enfim, os deveres que constituem o apport do estado social, ou seja, os deveres econômicos, sociais e culturais, como os deveres de subscrever um sistema de segurança social, de proteger a saúde, de frequentar o ensino básico, etc.”

⁸⁸⁷ In *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.532.

⁸⁸⁸ In *Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Almedina, 2004, p.36.

E se esse homem concreto e sua dignidade imanente sempre existiram, segundo a perspectiva personalista na forma neste estudo preconizada, que confere primazia à parte e não desperza o todo, não existe fundamento para predicar da Constituição a dignidade da pessoa humana, sua dimensão necessariamente solidária, a solidariedade como algo que lhe é constitutivo, onde os deveres fundamentais encontram seu fundamento último.

Isso demonstra, de forma inequívoca, ainda que configure um entendimento transdogmático, que o homem (social, como parte constitutiva de sua condição humana), assim como o Direito, precedem a Constituição, tornando factível a existência de deveres substancialmente fundamentais fora e antes da Constituição, em que pese a ideia dominante a divergir, como o fazem, por exemplo, José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira⁸⁸⁹, no sentido de que não há norma constitucional de abertura que dê guarida a deveres fundamentais estabelecidos por lei ou por convenção internacional, como é o caso do artigo 16º, nºs 1 e 2 da Constituição da República Portuguesa de 1976, e o artigo 5º, §§ 1, 2 e 3 da Constituição Brasileira de 1988, exemplificativamente.

Não comungamos dessa ideia, mas retornaremos a esse tema mais adiante, por ocasião de enfrentarmos a problemática da auto ou heterovinculação da solidariedade. Porém, o que importa, por ora, é registrar que - com ressalva de que professamos o entendimento de que o fundamento último dos deveres fundamentais - que concretizem a solidariedade e realizam o *bem comum* - radicam na própria dignidade da pessoa humana e na natureza social como algo constitutivo do homem, sendo, pois, anteriores ao Estado e à Constituição -, no mais, estamos de pleno acordo com a postura de José Casalta Nabais⁸⁹⁰, quando enfatiza que “*os direitos fundamentais estão limitados e são limitáveis (nos termos em que o são) não só por razões de ordem subjectiva constituídas pelas liberdades de outrem (como eram próprio da teoria liberal burguesa ou clássica dos direitos fundamentais), que facilmente se compreendem e aceitam como limites dos direitos fundamentais, mas também por razões de ordem objectiva consubstanciadas nas justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática, exigência estas que são os suportes da generalidade dos deveres fundamentais - mormente dos deveres fundamentais autônomos que constituem justamente o seu tipo padrão - e cuja compreensão está longe de se exaurir na*

⁸⁸⁹ In *Constituição da República Portuguesa Anotada*. V. I. 4ª ed., rev. Coimbra: Coimbra, 2007, p.322.

⁸⁹⁰ In *Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Almedina, 2004, pp.30-31.

problemática dos limites (limites imanentes e restrições) aos direitos fundamentais, correctamente entendido como limites especialmente concebidos pela Constituição”.

Esse reconhecimento bastaria para justificar a autonomia dos deveres fundamentais que não podem, a esta altura, ficar circunscritos à noção de limites dos direitos fundamentais, sejam limites imanentes ou propriamente restrições, mas como obrigações autônomas.

Bem por isso, concordamos que a Constituição é, por excelência, o lugar mais adequado de disciplina dos deveres fundamentais (mormente porque a solidariedade foi acolhida no bojo da maioria delas e, portanto, positivada como norma jurídico-constitucional), e que essa categoria deve estar posicionada, constitucionalmente, ao lado dos direitos fundamentais, como, aliás, é o magistério de Gregório Peces-Barba Martinez⁸⁹¹, na compreensão de que, nessa quadra da história, é inconcebível um indivíduo portador tão só de direitos, sendo, ao revés, sujeito a deveres em relação ao Estado, à sociedade, a grupos, a gerações passadas, presentes e futuras (como deveres fundamentais intergeracionais), inclusive, sujeito de deveres em relação a si próprio (dever de trabalhar, dever de envidar esforços na construção do *bem comum* em cada estrato da vivência coletiva, dever de preservação da saúde, por exemplo).

É por isso, também, que, em um Estado democrático e social de Direito, não podemos compreender os deveres fundamentais como o *outro lado dos direitos fundamentais*; como se o particular estivesse vinculado aos direitos fundamentais como destinatário de um dever fundamental ligado àqueles direitos.

Se assim fosse, como enfatiza, e com razão, José Joaquim Gomes Canotilho⁸⁹², “*um direito fundamental, enquanto protegido, pressuporia um dever correspondente*”, perspectiva que precisamos abandonar, de plano, sob uma postura personalista, tocante aos deveres fundamentais, não sendo o outro lado da moeda; dando concretude à solidariedade, aquela leitura que estabelece, indevidamente, uma *correspondência* estrita entre direitos fundamentais e deveres fundamentais, simetria que a matéria dos deveres concretizadores da solidariedade não admite, sob pena de se funcionalizar e se aniquilar a liberdade e a própria dignidade da pessoa humana.

Em um Estado democrático e social de Direito, os deveres fundamentais não significam e nem podem significar uma simetria aos direitos fundamentais; aqueles apenas fornecem um fundamento claro, uma base de legitimação que não tem e não

⁸⁹¹ MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba, in *Los Deberes Fundamentales*, nº 4. Alicante: Doxa, 1987, p.330.

⁸⁹² In *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp.532-533.

pode ter, portanto, ao contrário do afirmado por Santiago Varela Diaz⁸⁹³, o significado de encobrir relações de poder, mas de realização de uma outra faceta da dignidade, vista sob uma dimensão não só absenteísta, mas de igual dignidade de todas as pessoas (de concretização da solidariedade enquanto forma de expressão da justiça, segundo uma vertente de igualdade substancial, cujo objetivo é o de realizar - e não de definir - o *bem comum*).

Nem todas as posições jurídicas passivas constitucionais configuram verdadeiros deveres fundamentais. Não pretendemos, à evidência, nos limites desta investigação, esgotar o rol distintivo dessas posições jurídicas passivas que não se confundem com os deveres fundamentais em sentido próprio.

Nosso intuito é visitar algumas concepções vistas como mais frequentes, mas que, ao nosso ver, constituem a raciocínios equivocados, pois, embora sejam figuras próximas, não participam do regime dos deveres fundamentais em sentido próprio.

Dentre tais figuras, excluem-se desde logo os “*deveres (sujeições) correlativos, relacionais, reversos ou simétricos de direitos fundamentais*”⁸⁹⁴, que José Casalta Nabais vê, via de regra, como incidentes sobre o Estado e sobre outras entidades públicas, e que, por vezes, também se apresentam como deveres (sujeições) interindividuais, numa espécie de *eficácia horizontal* que recaem sobre os indivíduos, seja por força do caráter absoluto dos direitos fundamentais, seja em virtude da eficácia externa que se reconhece a esses mesmos direitos⁸⁹⁵ (como deveres de abstenção ou de não perturbação) e que, por isso, não são autônomos dos direitos fundamentais e configuram, no dizer do autor, “*verdadeiros limites interindividuais dos direitos*”.⁸⁹⁶

Ficam igualmente excluídos dos deveres fundamentais próprios os deveres funcionais, também ditos deveres constitucionais organizatórios (orgânicos), que, em realidade, integram a organização política e constituem competências obrigatórias dos órgãos constitucionais, ou seja, *não fazem parte da constituição do indivíduo* e, por conseguinte, não integram a matéria de deveres fundamentais. Pertencem a essa categoria, por exemplo, os (poderes) deveres de legislar decorrentes das ordens de legislar, das imposições constitucionais e das tarefas constitucionais; os deveres de governar; os deveres de julgar e os deveres de administrar, que têm o seu conteúdo determinado pela própria Constituição.

⁸⁹³ VERELA VAZ, Santiago, in *La Idea de Deber Constitucional*. REDC, 4/1982, p.69 e s.

⁸⁹⁴ In *Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Almedina, 2004, p.65.

⁸⁹⁵ Como é o caso do artigo 18º, nº 1, da Constituição Portuguesa de 1976.

⁸⁹⁶ In *Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Almedina, 2004, p.67.

Na visão do autor, também não se confunde com os deveres fundamentais a matéria de limites (em sentido amplo) dos direitos fundamentais que, à sua vez, representam as diversas vias de intervenção ou de afetação dos direitos fundamentais de parte dos poderes públicos, que podem ser sintetizadas em três modalidades, quais sejam: a) *as restrições*, que afetam ou de algum modo diminuem o conteúdo dos direitos; b) *as regulamentações*, que dizem com as várias hipóteses de organização do exercício dos direitos e que, no máximo, podem condicioná-los; e c) *as concretizações de limites imanentes*, que têm a ver com a delimitação do âmbito máximo do conteúdo dos direitos e que podem assumir duas formas, a saber, como limites imanentes meramente aparentes e como limites imanentes reais.

No primeiro caso, os limites decorrem da própria definição constitucional do conteúdo ou âmbito máximo de proteção dos direitos fundamentais e que excluem desse mesmo âmbito de proteção as manifestações ou formas de exercício atípicas ou anômalas, de acordo com o que ensina José Casalta Nabais⁸⁹⁷. São exemplos do referido aquelas limitações que afetam o conteúdo essencial de outros direitos ou valores constitucionais, nestes se incluindo os que suportam os próprios direitos fundamentais; no segundo caso, os limites imanentes reais são aqueles que decorrem de específicas normas constitucionais e que se apresentam como verdadeiras restrições constitucionais, que excluem diretamente dos direitos fundamentais certas manifestações ou formas típicas de exercício, como as que são as amptadas ou dissipadas, de acordo com o mesmo autor, pelos deveres fundamentais associados ou coligados a direitos.

Os deveres fundamentais em sentido próprio também não se confundem com os chamados deveres correlativos ou relacionados a direitos fundamentais, que nada mais são senão o aspecto passivo dos próprios direitos fundamentais, traduzindo-se, para o Estado, no dever de abstenção ou de não intervenção ou de não ingerência na vida privada do indivíduo, ou mesmo no dever de proteção dos seus direitos em face de possíveis agressões ou ingerências de terceiros (seja pela via sancionatória penal, policial ou diplomática); e, para os particulares, no dever de não ingerência nos direitos de outrem, bem como de respeito aos direitos fundamentais nas relações fundadas na autonomia da vontade.

Os deveres de garantias institucionais igualmente não se confundem com os deveres fundamentais em sentido próprio, em que pese sua íntima relação com a matéria dos direitos fundamentais, pois eles configuram deveres constitucionais de entidades

⁸⁹⁷ In *Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Almedina, 2004, p.77.

públicas que se acham estritamente associados ao próprio exercício dos direitos fundamentais.

Ficam, ainda, excluídas, certas sujeições constitucionais que configuram posições passivas correlativas dos poderes constitucionais do Estado, os ônus, bem como os deveres do Estado, em cujo contexto se insere as tarefas constitucionais a ele cominadas.

A doutrina afirma que os deveres fundamentais têm uma razão lógica e outra jurídica de ser. Como fundamento lógico, eles *expressam a soberania estatal* de um Estado assente na dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, estão afastadas as concepções de deveres formuladas pelo socialismo, pelo comunismo ou por regimes totalitários e autoritários, todos ambientes de coisificação da pessoa e das relações pessoais, que a refutam ou a aviltam, à medida que diluem o homem no contexto social, não lhe conferindo valor intrínseco enquanto indivíduo, como ser único, insubstituível e irrepetível, enfim, contendo em si, humanidade e dignidade.

Segundo José Casalta Nabais⁸⁹⁸, quanto a esse fundamento lógico dos deveres fundamentais, duas orientações vêm sendo desenvolvidas, uma de natureza formal e outra de natureza material.

A orientação formal se afirma na estadualidade (ou na soberania estatal) e na *sociabilidade do indivíduo*; em outros termos, o fundamento lógico-formal remete a base dos deveres fundamentais para um apriorístico, pré-estatal e não-escrito dever de obediência ou dever de solidariedade, em especial, consagrando a legitimação do dever de obediência à soberania do Estado Constitucional; já a orientação material se afirma na reciprocidade, na igual liberdade de todos os cidadãos e na *dignidade da pessoa humana*.

José Casalta Nabais refuta a primeira orientação e aceita a segunda. Sua objeção ao fundamento formal reside no fato de que ele acaba, a seu juízo, por situar os deveres fundamentais “*simultaneamente tanto acima da constituição, na medida em que um tal dever é visto como um pressuposto do próprio Estado, como abaixo da constituição, na medida em que os específicos deveres materialmente contidos nos deveres de obediência são determináveis apenas pelo legislador ordinário e têm o seu suporte exclusivamente na lei*”⁸⁹⁹, ideia que não compreende por exata.

⁸⁹⁸ In *Dever Fundamental de Pagar Impostos*, pp.54-55.

⁸⁹⁹ In *Dever Fundamental de Pagar Impostos*, p.55.

O autor também discorda da fundamentação com base no dever de solidariedade que deriva, segundo afirmamos, da condição humana e da sociabilidade do indivíduo, onde aponta uma contradição dessa teoria, destarte, defendida por Otto Bachof (teoria do dever fundamental de um mínimo de solidariedade que obriga os homens a se respeitarem mutuamente, a não causarem dano a outrem e a não viverem a custas dos outros), que, ao final, acaba por reconhecer que não se trata propriamente de um dever de abstenção ou omissão pré-estadual, mas de um dever do cidadão baseado no próprio Estado.

No entender de José Casalta Nabais, o dever de solidariedade se assenta na ideia de solidariedade que, se reconduzida a uma perspectiva omissiva, não pode servir de base, em termos dogmáticos, como deveres ativos.

Por essas razões, o autor refuta a ideia de *deveres fundamentais que não os constitucionais* e é por isso também que afirma que⁹⁰⁰, ao contrário do que ocorre com os direitos, “*os deveres fundamentais são, em larga medida, criação do legislador constituinte*”, pois este dispõe de uma margem muito superior, a seu juízo, para instituir deveres, o que já não se verifica em relação aos direitos fundamentais, “*uma vez que os direitos, a bem dizer, não são objecto de criação pelo legislador constituinte como os deveres, mas apenas objecto de reconhecimento*”.

Com o devido respeito ao mestre português José Casalta Nabais e a outros que comungam de seu pensamento, não compreenderam, eles, em toda sua extensão, os conceitos de “pessoa humana” e seus elementos essenciais; nem o conteúdo de dignidade da pessoa humana, de solidariedade, de *bem comum* e, por conseguinte, fazem leitura equivocada de deveres fundamentais.

A partir da concepção *personalista* de que ser pessoa é ser individual e também ao mesmo tempo, social (plural, porque a alteridade é constitutiva do ser humano); considerando que a condição de pessoa humana, em qualquer leitura, apresenta, em sua natureza mesma, como elementos essenciais mínimos, a liberdade, em primeira linha, a segurança e a justiça; tendo em conta que esses elementos integram o conceito e o conteúdo da própria dignidade; que, nesse contexto, a solidariedade se afirma como uma forma de expressão da justiça que, tendo por objetivo a realização do *bem comum* e se concretizando por meio dos deveres fundamentais, afigura-se equivocado o entendimento segundo o qual os deveres fundamentais não possam estar acima da Constituição e que tenham no Estado o seu pressuposto por terem seu suporte

⁹⁰⁰ in *Por Uma Liberdade com Responsabilidade*, p.170.

exclusivamente na lei. Afirmar que os deveres fundamentais são apenas aqueles objetos de criação pelo legislador constituinte ou ordinário é negar a própria dignidade da pessoa humana em sua inteireza.

No Brasil, por exemplo, numa demonstração prática dessa realidade, o Poder Judiciário, em todas as esferas, inclusive o Supremo Tribunal Federal⁹⁰¹, tem se constituído em verdadeiro ordenador de despesas públicas, seja para os municípios, para os estados federados e para a União Federal, exercendo um papel de *legislador positivo*, independente de sua interferência no planejamento orçamentário governamental, seja em nível de Poder Executivo ou de Poder Legislativo, no que respeita a políticas públicas, com ênfase no direito à saúde, exercendo um papel que nem mesmo a Constituição lhe atribuiu, concernente à implementação direta de *direitos sociais*, ou seja, impondo *deveres fundamentais prestacionais* (ação) aos Poderes Públicos, destacados de um orçamento ou sem previsão em lei infraconstitucional, deveres esses que não, *in casu*, conjugados ao princípio da dignidade humana e da solidariedade dele decorrente e ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, ordenando o fornecimento de medicamentos, tratamentos médico-hospitalares e intervenções cirúrgicas, como imperativos da solidariedade social, especialmente quando em risco a própria sobrevivência do ser humano, que se sobrepõe aos interesses financeiros, tomados, nesses casos, como secundários.

E deve ser assim. A dignidade da pessoa humana, inclusive em sua dimensão social, não se reduz à idéia de Constituição, de Lei e de Orçamento. Embora se reconheça que seu nível de concretização sempre dependerá de recursos públicos inequivocamente limitados, ou seja, dependerá do nível de desenvolvimento da sociedade, não se desconhecendo, à evidência, que nem o Direito nem a Constituição contêm os remédios jurídicos para todos os males sociais e econômicos, quando em risco a própria existência humana, em um Estado de Direitos Humanos, mesmo na hipótese de ser necessária a realocação de recursos financeiros, deve ser garantido esse mínimo vital e existencial ainda que se reconheça que, em primeira linha, cabem ao legislador as escolhas dos projetos prioritários nessa seara, e que os deveres de solidariedade, ordinariamente dentro de um panorama econômico, sejam dotados de um caráter programático.

⁹⁰¹ A propósito do tema, vide STF, 2ª Turma, RE nº 271.286 AgR/RS, julgado em 12/09/2000, DJ de 24/11/2000, p.101. Também, os REs nºs 236200/RS, 247.900/RS, 264.269/RS, 267.612/RS, 232.335/RS e 273.834/RS.

Deve ser assim porque a densidade normativa é secundária aos valores superiores inerentes à dignidade humana numa ordem ético-jurídica em que o direito à vida se sobrepõe a qualquer interesse financeiro ou secundário do Estado, cabendo a ele e a todos os integrantes de uma sociedade justa atender às prerrogativas básicas de subsistência do ser humano, naqueles aspectos em que ele mesmo não alcance suprir com seus próprios esforços, o que faz também conduzir à conclusão de que, se a solidariedade - que almeja realizar o *bem comum* e que se concretiza por meio de deveres fundamentais - integra a própria dignidade da pessoa humana, tal qual a própria dignidade, os deveres fundamentais constituem uma categoria inata e precedem a tudo aquilo que José Casalta Nabais lhes colocou como pressupostos ou condicionantes, tendo, portanto, eficácia imediata, embora seu nível de concretização dependa sempre do desenvolvimento econômico de uma determinada sociedade.

Com efeito, se a solidariedade (que anima e constitui a alma do *bem comum* e é concretizada pelos deveres fundamentais) integra a dignidade da pessoa humana e, por corolário lógico, é imanente do ser humano, então, ela e sua forma de concretização (os deveres fundamentais), evidentemente, estão acima da Constituição, na medida em que o próprio homem é pressuposto do Estado (e do Direito), é dizer, é dele o fundamento e tem nele a sua finalidade, incidindo imediatamente em todas as esferas da vida coletiva.

Isso porque, como uma dimensão da própria dignidade da pessoa humana, nomeadamente aquela que diz com a grandeza social e relacional do ser humano, a solidariedade e os deveres fundamentais que lhe dão concretude conformam o fundamento e os fins do Estado e da própria Constituição, ao mesmo tempo em que constituem o fim absoluto da Política, servindo, designadamente, de critério de validade de toda atividade normativa advinda do Poder, inclusive em suas omissões, insuficiências e deficiências.

A inadequada compreensão de José Casalta Nabais também leva o autor a oferecer uma classificação insuficiente dos deveres fundamentais que, na seara política, irá impor ao Estado um agir concreto no sentido de garantir uma ordem justa na vida social como dantes afirmamos, que assegure uma convivência pacífica entre as pessoas e grupos sociais, bem como um nível de bem-estar, não necessariamente apenas material, consentâneo da dignidade de todos e de cada um, promovendo a distribuição das riquezas por meio da *Justiça Distributiva*, corretiva das desigualdades sociais, com a compulsão de igual realização da *Justiça Social*, segundo uma cláusula geral de *qual protection*.

Já para as pessoas, como concretizadores da solidariedade que imana imediatamente da dignidade da pessoa humana, por sua dimensão individual e constitutivamente social, realizando o *bem comum* (que também é um princípio universal), os deveres fundamentais vão impor obrigações, imposições que correspondem à quota-parte exigida de cada um para a sua realização nos diversos estratos da vida coletiva.

Nessa leitura, ratifica-se o entendimento de que *solidariedade*, *bem comum* e *deveres fundamentais* não integram apenas a comunidade social, tampouco só a Política. Já sustentamos que eles não operam de modo linear, porque o próprio *bem comum* - que anima a solidariedade que, à sua vez, se concretiza por meio de deveres fundamentais - em que pese ser um único *bem comum*, se realiza em diversos níveis da vida social, pelo que podemos falar em *bem comum doméstico*, *bem comum social* e *bem comum político*, o que implica reconhecer, em decorrência, *distintos níveis de realização e concretização da solidariedade* e, por conseguinte, de emanação de deveres fundamentais e, a partir desses níveis, predicá-los segundo um dos elementos essenciais do homem, a justiça (em uma de suas formas de se expressar, notadamente, sob o viés da igualdade substancial, em razão da natureza social indissociável do homem).

No âmbito da *justiça política*, portanto, a solidariedade e o *bem comum* emanam deveres ligados à sua função de estabelecer o que é devido a quem no corpo social e no plano político, a partir de uma visão comum, e não especificamente de bens políticos. Por meio da *justiça política*, serão atribuídos direitos e deveres às pessoas, lembrando que essa mesma *justiça política* exige uma série de princípios éticos aplicáveis e vinculantes ao nível do corpo político; do contrário, teríamos que reconhecer qualquer solidariedade criminosa como expressão prática do princípio ora em estudo.

A *justiça doméstica* guia a comunidade familiar. Ela tem por objetivo a convivência familiar e doméstica, onde o *bem comum* é especialmente protegido pela autonomia, nada obstando, também, que a solidariedade emane igualmente aí deveres, entre os quais, o dever de trabalhar, de prover o próprio sustento, de colaboração no desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros da família, dos quais são típicos, a título meramente ilustrativo, os deveres alimentícios avoengos; o dever de manter os filhos matriculados no ensino fundamental; o dever de, nas hipóteses de separação da unidade familiar, uns auxiliarem, por um período, na reestruturação material e imaterial do outro, sem prejuízo de outros.

Já a *justiça social* demanda que a solidariedade e sua forma de concretização - os deveres fundamentais - opere em outra formulação, porquanto, numa sociedade de iguais, portadores de uma igual dignidade, ela vai exigir que todos os membros da sociedade civil colaborem na obtenção e na construção do *bem comum*, gerando deveres que vinculam todas as classes sociais, uma vez que é da essência da solidariedade (que não pode ser lida como limitação da liberdade) exigir de cada um aquilo que é necessário para a realização (e não definição) do *bem comum*, considerando que é da natureza e da função deste princípio (que anima a solidariedade) permitir o desenvolvimento da personalidade de cada ser humano, com respeito ao direito de autodeterminação de seu destino.

É a partir dessa compreensão que se pode *reconhecer* os deveres fundamentais, compreendendo que a *justiça política* regula a relação do todo com a parte; que a *justiça corretiva* regula as posições jurídicas entre partes em condições de igualdade, na solução de conflitos particulares; que a *justiça social* ordena a relação da parte com o todo, dela decorrendo o *dever de justiça social* e os deveres da parte em relação aos membros da comunidade em todos os estratos da vida social em que a pessoa se insere (inclusive o doméstico, onde, de regra, impera, como se disse alhures, a autonomia).

Nossa posição pessoal não se ajusta a qualquer compreensão fragmentada de dignidade da pessoa humana, própria de nossa herança cartesiana de pensar as coisas e os problemas em pedaços ou partes. Então, se a própria dignidade humana configura uma estrutura bipartida, segundo uma perspectiva, primeiramente individual e, necessariamente, relacional, que permite afirmar a sociabilidade natural de cada indivíduo, é lógico concluir que os deveres fundamentais também subsistem de modo apriorístico e são, por isso, igualmente pré-estatais, porque, enquanto concretizadores da solidariedade, decorrem imediatamente da dignidade da pessoa humana.

Então, assim como os direitos fundamentais, eles não dependem de constituição ou criação pela vontade do poder, mas comportam apenas reconhecimento, legitimando e delimitando a soberania de um Estado Constitucional radicado na dignidade da pessoa humana e que impõe uma corresponsabilidade coletiva. Fora dessa ideia de compreensão integral da dignidade da pessoa humana, não há falar em legitimidade estatal qualquer e nem se pode compreender o homem em toda a extensão, pois se acaba preterindo uma de suas dimensões constitutivas que exige um “facere” de todos como uma exigência de preservação da dignidade humana de todos e de cada um, no objetivo de assegurar o progresso social e a existência digna, tendo em vista a consecução do

bem comum, delineando os contornos de um verdadeiro Estado Social, ou um Estado de Direitos Humanos, que se constrói a muitas mãos, em expressão legítima de apoio mútuo e recíproco, no desenvolvimento da personalidade humana.

Fragmentar a dignidade da pessoa humana para dela excluir os deveres fundamentais concretizadores da solidariedade, ao ponto de somente reconhecer como inatos direitos fundamentais, sustentando o caráter constitutivo dos deveres em tela, importa reconhecimento apenas parcial da dignidade humana que, como inteira, deve ditar a tutela jurídico-constitucional da pessoa, conceito em si relacional.

Sobre o tema, como afirma Paulo Otero, já em nota prévia à sua obra *“Instituições Políticas e Constitucionais”*, e como vimos ao longo de nossos desenvolvimentos, a história da preocupação com os direitos da pessoa humana não começa com a Revolução Francesa; antes, lhe é anterior, porquanto toda a história da humanidade se resume a uma permanente e progressiva luta pela consciência da afirmação dos direitos das pessoas, assim como toda a história da humanidade se acha marcada pelo constante descompasso entre os resultados da reflexão filosófico-constitucional e a proteção jurídica dos direitos da pessoa humana ou a efetividade das respectivas formas constitucionais de garantia, ou, ainda, de resistência da ordem jurídica aos avanços da filosofia político-constitucional em matéria da tutela da pessoa humana.

Sem embargo, somente na segunda metade do Século XX, isso independente da respectiva efetividade, se reconheceu a afirmação de normas jurídicas dotadas de imperatividade universal sobre os direitos da pessoa humana, segundo uma perspectiva de que só um modelo político de Estado Constitucional de Direito Humanos alicerçando a edificação de uma democracia humana, permite, no presente, uma garantia político-constitucional dos direitos fundamentais inerentes ao ser humano, no que se compreende a ideia de deveres fundamentais.

Entretanto, como adverte o aludido autor, a construção de um Estado de Direitos Humanos nunca é um processo encerrado ou definitivamente alcançado. Aliás, como acima destacamos, ancorados nos ensinamentos de Roberto Saturnino Braga, a caminhada da humanidade nunca foi sequer retilínea; ela faz curvas; ela tem seus meandros, avanços e retrocessos momentâneos, pensamento complementado por Paulo Otero, ao enfatizar que a modernidade contém novos desafios, assim como imprevisíveis ameaças aos direitos fundamentais da pessoa humana, de sorte que o

fenômeno constitucional não pode deixar de estar a serviço de uma eterna e duradoura atualização à interrogação kantiana⁹⁰² “O que é o homem?”

Então, se é certo que essa ideia está em permanente construção e sempre sujeita a aprimoramentos, parece-nos inelutável reconhecer a sociabilidade inata de cada ser humano e, no contexto de sua dignidade imanente, uma dimensão da qual decorrem deveres fundamentais constitutivos do homem que não dependem, logicamente, da criação do Estado, embora, renove-se, o seu nível de concretização sempre esteja de algum modo impactado pelo nível de desenvolvimento social e econômico.

E se aceitarmos como verdadeiras essas premissas, isso deve necessariamente mudar por inteiro na nossa visão em torno da tutela jurídico-constitucional da pessoa humana, porque ela já não poderá estar centrada no Estado ou no Poder, mas, sim, e exatamente, no homem, compreendido desde a sua perspectiva integral que aqui estamos a sustentar, o que nos permite defender que a condição de pessoa humana e sua integral dignidade imanente - que contempla uma dimensão individual e necessariamente social, para desenvolvimento de sua personalidade - lhe conferem direitos fundamentais, deveres correlatos e deveres fundamentais autônomos, direitos e deveres anteriores ao Estado que, nessa quadra da história, deve, imperativamente, estar comprometido como uma organização fundada na pessoa humana, que esteja a serviço dela, um Estado-instrumento para a realização da dignidade da pessoa humana (que, onde estiver em pauta, é relacional) e que tenha nela os seus fins últimos e absolutos.

No que concerne à razão jurídica, efetivamente, a dogmática tradicional, mesmo escassa na temática, tem compreendido que os deveres fundamentais derivam exclusivamente da Constituição. É dizer, não vislumbra a liturgia tradicional, herdada da Modernidade, a possibilidade do reconhecimento de deveres fundamentais para os quais não haja uma previsão constitucional, seja de forma expressa, seja implícita.

Em outra formulação, a ausência de disciplina constitucional impede o reconhecimento de deveres constitucionais, mesmo que tais deveres sejam materialmente constitucionais.⁹⁰³

⁹⁰² Kant, Immanuel (in *Lógica*. Tradução de Artur Mourão. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2009, p.13), a propósito de se indagar, no campo da Filosofia, neste significado cósmico, as questões seguintes: 1) Que posso saber? 2) Que devo fazer? 3) Que me é permitido esperar ? e 4) O que é o homem? (Disponível em <https://drive.google.com/file/d/1phKBRax7scQgRuoRXRyiD-RXwxmzpsIr/view>, cesso em 22 de fevereiro de 2019).

⁹⁰³ Como os exemplos antes referidos, em que o STF ordenou o fornecimento de medicamentos, tratamentos médico-hospitalares e afins, secundarizando lei e orçamento. O Poder Judiciário, aliás, no Brasil, é pródigo em ordenar internações medicamente ordenadas, na ausência de leitos na rede pública, em Hospital Particular, com bloqueio de valores e transferências para conta da entidade particular, para

Significa dizer que, segundo essa linha de entendimento, a ausência de previsão expressa de um dever fundamental na Constituição, ainda que seja ele dotado de notas típicas de materialidade ou substancialidade de deveres fundamentais, não permite que, como tal (dever fundamental) seja reconhecido, nada obstando, por outro lado, que o legislador ordinário o venha criar, sancionar e impor. Nesse caso, será um dever meramente legal, mas não fundamental ou dever constitucional. Vigora aí a ideia de *tipicidade* dos deveres fundamentais, como um rol fechado ou *números clausus* de deveres fundamentais, como explica José Casalta Nabais.⁹⁰⁴

Os *deveres extraconstitucionais*, nessa linha de argumentação, seguem a mesma lógica: não estando previstos explicita ou implicitamente na Constituição, serão tomados como deveres legais, na medida em que, de acordo com a perspectiva fechada, *não há outros deveres fundamentais para além dos previstos na Lei Fundamental*.

De certo modo, já adiantamos nossa posição quanto a uma deverosidade inerente à condição de pessoa humana, anterior ao Estado e à Constituição, pedindo vênias para divergir do posicionamento. Porém, neste momento, iremos nos centrar na tipologia desenvolvida comumente pela doutrina.

A existência dos deveres fundamentais como categoria jurídico-constitucional não é hoje um ponto seriamente controvertido na doutrina constitucional, pois ninguém pode negar, em sã consciência, que o convívio em comunidade, onde a personalidade humana se desenvolve e a pessoa realiza seus fins, reclama também deveres (exigências do princípio do *bem comum*) na realização do *sumo bem*, da finalidade da pessoa, da felicidade e a autossuficiência de um e de todos, os fins últimos de toda a sociedade política.

Entretanto, se não há hoje dúvidas quanto à existência dessa categoria jurídica, no resto, a temática em torno dos deveres fundamentais se mostra altamente controvertida, situação, sobretudo agravada por não haver uma sistematização teórica e tampouco desenvolvimentos dogmáticos que animem uma pesquisa mais contundente. Estamos, pois, cientes do tamanho do desafio, assim como não alimentamos qualquer monopólio

fins de ressarcimento, ou seja, determinando, imperativamente, internações em hospitais particulares a expensas do Estado, inclusive em unidades de terapia intensiva (adulto e neonatal). Confira-se, nesse sentido, decisão da Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no Agravo de Instrumento nº 70054092432, em que oficiou como Relatora a Desembargadora Agathe Elsa Schmidt da Silva, julgado em 03/07/2013. No mesmo sentido, a Apelação Cível nº 20060110749758, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, publicada no DJ em 14/02/2008, e a Apelação Cível nº 417616620118260053, julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em 21/05/2017.

⁹⁰⁴ in ***Por uma Liberdade com Responsabilidade***, pp.170-171. “Apenas podemos considerar como deveres fundamentais, entre os que possam ser de um ponto de vista material ou substancial, aqueles que figurem, de maneira expressa ou implícita, na constituição.”

do saber nessa temática e nem almejamos desenvolver uma teoria com vistas ao exaurimento do assunto.

E nesse quadro, os problemas que aparecem, como destaca José Carlos Vieira de Andrade⁹⁰⁵, ocorrem justamente quando se tomam em consideração os deveres associados a direitos - direitos têm ou devem ter uma existência pautada pela consideração recíproca -; quando se trata de determinar o alcance jurídico concreto desses deveres fundamentais, isto é, quando em causa está definir quem deve o quê e a quem, a que título, por que e em que medida, questão para qual, em capítulo subsequente, apontaremos solução conforme tese que defendemos.

A doutrina tenta resolver essa questão, num primeiro momento apresentando uma *tipologia*, como acima *un passant* sinalizado, distinguindo os *deveres associados a direitos* dos *deveres fundamentais autônomos*.

Por exemplo, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins⁹⁰⁶, em análise à Constituição Brasileira de 1988, buscam nela identificar categorias de deveres constitucionais a partir de suas características, dividindo-as em seis grupos, a saber: a) Os *deveres estatais implícitos e não autônomos*; b) Os *deveres estatais explícitos e não autônomos*; c) Os *deveres estatais autônomos*; d) Os *deveres não autônomos dos particulares*; e) Os *deveres autônomos dos particulares*; e, f) Os *direitos fundamentais acompanhados de deveres do titular*.

No primeiro grupo, a dos *deveres estatais implícitos e não autônomos*, os autores partem do pressuposto que é dever do Estado à efetivação dos direitos fundamentais, sobretudo, os sociais. Essa efetivação deve ser levada a efeito com ações apropriadas, no que se inclui uma legislação conformadora e políticas públicas na esfera executivo-governamental; o mesmo dizem os autores em relação às garantias de organização públicas e privadas que só podem ser concretizadas por meio do cumprimento de respectivo dever do Estado. Os direitos de resistência e os direitos políticos também dependem do cumprimento do dever de se abster de condutas que inviabilizem o respectivo direito. Nessa perspectiva, os deveres nada mais são do que reflexos dos direitos e deles decorrem.

No segundo grupo - *os deveres estatais explícitos e não autônomos* - se incluem, conforme os mesmos autores, aqueles deveres que a Constituição expressamente

⁹⁰⁵ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, in *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2006, p.162.

⁹⁰⁶ In *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, pp.59 e s.

comina ao Estado, a exemplo do dever de indenizar o condenado por erro judiciário ou mesmo quando determina a sua responsabilidade civil.⁹⁰⁷

Já na categoria dos *deveres estatais autônomos*, os autores em tela situam o dever de criminalização (mandados ou imperativos de criminalização). São deveres normativos dirigidos ao Poder Legislativo, impondo-lhe a obrigação de tipificar e punir criminalmente determinadas condutas, o que não gera um direito subjetivo público de criminalização de determinada conduta.

Como uma categoria em aberto, sem lançar uma conclusão, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins⁹⁰⁸ consideram os *deveres não autônomos dos particulares*, aqui compreendendo o direito de uma pessoa pressuporia, à partida, o respectivo dever das autoridades estatais e dos particulares - e aqui a questão começa a apresentar problemas, pois “o fato (normativo) de alguém ser titular da liberdade de manifestação do pensamento implica que terceiros devam respeitar esse direito” o que poderia, em tese, compreender-se, exemplificativamente, como o dever de abstenção de quaisquer atos de censura -. À altura, porém, já estamos na seara de colisão de direitos fundamentais e esse não é o nosso foco.

Os autores em comento consideram, ainda, a *categoria dos deveres autônomos dos particulares* que se verificam quando a Constituição impõe um dever fundamental que obriga os particulares a uma atuação positiva, no intuito de contribuir com a implementação dos direitos fundamentais de terceiros, o que não conduz a afirmar que esses terceiros têm o direito de exigir, simetricamente, o cumprimento desses deveres frente a outro particular. Considere-se aqui, por exemplo, a educação enquanto dever da família. Também nessa categoria estão, dentre outros, o dever de cumprir as leis vigentes, os deveres coletivos, transindividuais, como os deveres quanto os novos direitos coletivos, denominados direitos difusos (cuja titularidade não é passível de ser particularizada, como por exemplo, o direito de todos a um meio-ambiente equilibrado); e, no Brasil, o dever de prestar serviço militar.⁹⁰⁹

Por fim, os *direitos fundamentais acompanhados de deveres do titular*, uma espécie de contrapartida de um dever de exercício de um direito de uma forma solidária, levando em consideração os diferentes interesses sociais. Isso ocorreria, por exemplo,

⁹⁰⁷ Por exemplo, quando fala da responsabilidade civil objetiva, com base na teoria do risco administrativo, no artigo 37, § 6º, da Constituição Brasileira.

⁹⁰⁸ In *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.62.

⁹⁰⁹ Em Portugal, por exemplo, esse dever migrou da Constituição para a legislação infraconstitucional e comporta objeção de consciência, mediante prestação social alternativa.

no que respeita à propriedade, direito cujo exercício impõe observar sua função social, embora não seja pacífico na doutrina, que a função social da propriedade configure um dever de seu titular, senão que um *limite constitucional de natureza especial* que permite limitações ao seu exercício.

Em síntese, os autores sustentam que os deveres fundamentais são endereçados tanto ao Estado, como aos indivíduos ou a entidades abstratas (coletividade, sociedade, família)⁹¹⁰. Ainda, que alguns desses deveres são reflexos de direitos; outros são dotados de autonomia, *todos tendo por fundamento a Constituição, como ordem consagradora de direitos, liberdades e garantias, numa perspectiva subjetiva, e como uma ordem objetiva de valores*.

Sustentam que a regulamentação genérica desses deveres pela Constituição desempenha uma dupla função: a primeira, de *orientar o legislador* para que, no exercício de sua função concretizadora, operacionalize os deveres, que possuem baixa densidade normativa; na segunda função, ela atua como um *parâmetro* para examinar a constitucionalidade da legislação infraconstitucional.

Em que pese, a rigor, não se poder falar em deveres fundamentais sob um enfoque unilateral, tomando como ponto de partida somente o cidadão ou o Estado, à medida que há outras relações e institutos sobre os quais eles incidem, a doutrina europeia continental-ocidental não segue essa tipologia: *deveres fundamentais são posições passivas individuais e integram a Constituição da Pessoa Humana*. Não se confundem com tarefas do Estado e com outras sujeições passivas.

Nessa expectativa, procede à distinção dos deveres em duas categorias como acima anunciados: a categoria dos *deveres associados a direitos* e a dos *deveres fundamentais autônomos*.

Os *deveres associados* (ou conexos) *a direitos* são compreendidos como deveres imanescentes dos direitos fundamentais. Nesse aspecto, *os deveres se circunscrevem à obrigação geral de respeito a direitos fundamentais*; condensam a ideia de dever de abstenção e de cumprimento de um direito correlato, aos moldes do postulado kelseniano de dever: se alguém tem um direito é porque outro alguém tem um dever.

Por serem imanescentes, é dizer, inseparáveis dos direitos, a dogmática jurídica constitucional irá dizer que eles inclusive dispensariam previsão expressa ou direta na Constituição, porque constituem somente a parte passiva dos direitos e também dos direitos fundamentais.

⁹¹⁰ In *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.66.

Como corolário lógico, eles estão implicitamente previstos nas próprias normas que consagram os direitos fundamentais. São correlativos a direitos. Os deveres, nesse sentido, se contrapõem e servem para restringir ou limitar direitos, pois as próprias normas que estabelecem os direitos contêm, em sua estrutura, uma cláusula limitadora.

Já os *deveres fundamentais autônomos* - aqueles que José Casalta Nabais⁹¹¹ afirma como sendo os *verdadeiros deveres fundamentais* - postura que aderimos no que respeita à conformação da solidariedade e de realização do *bem comum* -, porque só estas consagram a ideia de *responsabilidade comunitária* em Estados democráticos e sociais de Direito - serão, no seu entendimento, entendidos como os deveres impostos, expressa ou implicitamente, pela Constituição (em que pese, em nossa tese, não só por ela), independente de qualquer direito, como por exemplo, *os deveres de defesa da pátria, os deveres de obediência aos atos legítimos dos poderes públicos, notadamente, de respeito à Constituição, o dever de participação política e de sufrágio, o dever de pagar impostos, o dever de colaboração para com a justiça eleitoral e, no Brasil, o dever de colaboração e de atuação dos membros da comunidade no Tribunal do Júri, o dever de recenseamento, o dever de colaborar com a Administração Pública e com a Administração da Justiça*, dentre outros em um universo ilustrativo.

Eles “*não estão relacionados diretamente à conformação de nenhum direito subjetivo*”⁹¹². É nesse âmbito que eles traduzem o que pode ser requerido de cada indivíduo, o que pode ser cobrado dos grupos em que se integram (família, sindicato, partido político, clube etc.) e mesmo o que pode ser exigido do Estado na realização (e não definição) do *bem comum*, de distribuição das riquezas segundo a dignidade da pessoa humana (como dever de solidariedade e sua imbricação com o *bem comum*). Em uma palavra: configuram exatamente a quota-parte constitucionalmente exigida de cada um e do conjunto para a realização prática do reconhecimento de uma igual dignidade de cada pessoa humana.

Os deveres fundamentais autônomos, segundo o entendimento de José Casalta Nabais, são exatamente o ‘preço’ que temos de pagar, o custo, enfim, dos próprios direitos, liberdades e garantias, na medida em que eles ainda intentam realizar a liberdade que, nesta proposta, não perde o seu primado, pois, os deveres fundamentais (os autônomos) “*não são senão um aspecto do estatuto constitucional do indivíduo, um estatuto polarizado obviamente nos direitos e liberdades do homem, ou melhor, da*

⁹¹¹ In *Por uma Liberdade com Responsabilidade*. Coimbra: Coimbra, 2007, p.168.

⁹¹² SARLET, Ingo Wolfgang, in *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p.241.

pessoa humana”⁹¹³. Por assim ser é que afirma os deveres fundamentais como uma categoria corretiva da liberdade como dantes referido.

Essa é uma boa perspectiva, pois tem a vantagem de consagrar a primazia da liberdade, sem a qual não há falar em dignidade da pessoa sob nenhuma dimensão. Porém, a nosso juízo, ela ainda é uma postura muito arraigada no pensamento do Estado Liberal, insuficiente e equivocada porque demasiada apegada a um paradigma individualista e patrimonialista, é dizer, sem uma verdadeira inspiração personalista, pois deixa a dignidade capenga de sua dimensão necessariamente social para a realização e plenitude do próprio homem, como se a solidariedade que se concretiza por meio de deveres fundamentais fosse uma mera concessão e não uma obrigação querida e exigida da dimensão relacional humana.

Ou seja, embora José Casalta Nabais enfatize uma responsabilidade comunitária e busque desenvolver uma teoria que não avilte a liberdade, o que é bastante positivo, seus desenvolvimentos não se sedimentam exatamente na perspectiva inteira da pessoa humana, de uma solidariedade (que definimos como uma forma de expressão da justiça) nela integrada, tampouco no seu perfil horizontal (solidariedade de deveres): solidário é o agir em favor do bem do outro e não um atuar em prol de um interesse pessoal. Enquanto uma expressão igualmente decorrente da dignidade humana - o fundamento lógico que o próprio autor admite para os deveres fundamentais -, *não se compreende possam eles constituir um sacrifício (pessoal ou econômico) que cada um presta em prol da própria liberdade ou um preço que pagamos por vivermos em uma sociedade organizada.*

É verdade que os direitos - e nesse contexto, os direitos fundamentais, sejam de que dimensão forem, mesmo os negativos, de cunho eminentemente liberal - têm custos, como argumenta o autor, e que qualquer comunidade organizada está necessariamente estruturada em deveres fundamentais para fazer frente a esses custos na medida em que são os deveres, notadamente de um Estado fiscal, que fazem frente aos direitos. Também é certo que a própria existência e continuidade de um Estado dessa natureza dependem do cumprimento dos deveres fundamentais, especialmente dos aportes financeiros dos membros que integram uma tal sociedade política.⁹¹⁴

⁹¹³ In *Por uma Liberdade com Responsabilidade*. Coimbra: Coimbra, 2007, pp.193-194.

⁹¹⁴ É nesse sentido que se posiciona Fernando Facury Scaff (in *Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível*. SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano (Orgs.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp.149 e s). Em idêntica linha de pensamento, Gustavo Amaral e Danielle Melo, na mesma obra coletiva, indagando, inclusive, se há direitos acima do orçamento frente à constatação de que a jurisprudência brasileira têm maciçamente

Mas é espantoso pensar nos deveres fundamentais apenas sob a fundamentação de custos ligados à própria existência e sobrevivência da comunidade, como do Estado, o dever de defesa da pátria e os custos ligados ao funcionamento democrático da comunidade dentre os quais, o dever de votar - ambos custos pessoais portanto -, ou mesmo como custos estritos destinados a fazer frente às despesas financeiras públicas, concretizados no dever de pagar impostos. Não nos parece correto o entendimento de a matéria relativa aos custos financeiros e mesmo da reserva de lei, reserva de orçamento e reserva do possível integre a matéria de dignidade da pessoa humana (da qual emanam direitos e deveres).

Portanto, não podemos concordar nem com a proposição de que os deveres fundamentais dependam de constituição pelo Estado, tampouco com a postura reducionista de José Casalta Nabais em sua leitura em torno da dignidade da pessoa humana e que, ao mesmo tempo, confunde *justiça política* e *justiça social* com liberdades privadas e custos públicos, ao sustentar que os deveres fundamentais são o custo comunitário que pagamos por viver em uma sociedade organizada, como se os deveres fundamentais se circunscrevessem a uma espécie de financiamento da liberdade (nomeadamente, em seu perfil do Estado Liberal), caso em que o senso de responsabilidade comunitária se esvaziaria, comprometendo não só a autonomia que o autor defende como o próprio conceito de dignidade da pessoa humana, pois o alija de sua dimensão necessária relacional.

Se assim for, na proposição de José Casalta Nabais já estaremos no campo da contrapartida, da contraprestação, da ideia de débito-crédito (paga-se pela liberdade) e o fundamento disso poderá ser qualquer coisa, menos a dignidade integral da pessoa humana, tampouco a solidariedade, nem a ideia de responsabilidade de cada um pelo destino dos nossos semelhantes ou de participação na realização dos fins últimos daqueles que compartilham conosco uma mesma natureza humana. Nada restará, nessa perspectiva, de “*deveres para com os nossos companheiros de aventura humana*”⁹¹⁵ que são, em primeira linha, deveres para com os nossos semelhantes (e que nos conduzem à plenitude de nossa humanidade e o direito a que eles nos ajudem a

entendido que o direito à vida é um direito superior, que não pode ser contrastado com *questões menores* como as finanças públicas e o orçamento, sustentam como equivocada a ideia de o direito ser o mesmo, não importando a ameaça ou o preço; que o orçamento não é apenas uma escolha de prioridades, mas, também, de controle de sua execução e que é preciso privilegiar o controle das escolhas públicas, em nome do próprio princípio da igualdade (Amaral, Gutavo; Melo, Danielle. (in *Há Direitos Acima dos Orçamentos?* SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano (Orgs.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp.87 e s.

⁹¹⁵ In *Por uma Liberdade com Responsabilidade*, p.239.

desenvolver as nossas potencialidades humanas), aqueles com os quais somos iguais em natureza substancial e em dignidade. Será a contraprestação privada de serviços públicos (proteção da liberdade individual e nada mais, ao melhor estilo lockeano).

O que o autor propõe arrima-se antes com um modelo individualista e securitário, e não solidário, de ver os deveres fundamentais, pois o *bem comum* e a solidariedade que ele busca realizar, de acordo com a tese aqui desenvolvida, implicam, em face do reconhecimento do outro como pessoa humana, dar de si para que a sua própria dignidade se realize. É, como dantes dito, participar do bem do outro. É o *dar de si* que realiza, nessa perspectiva, a dignidade da pessoa humana em sua dimensão social, e não o receber, ainda que por via indireta, pagando-se um preço pela liberdade.

Ao depois, essa postura não explica a existência de deveres fundamentais - mesmo aqueles em sentido estrito como o dever de pagar impostos – diante de Estados em que as pessoas, em geral, não gozavam de nenhuma liberdade, como foram os Estados Absolutista e Totalitário; como são, ainda, os Estados Autoritários, Socialistas e Comunistas.

O discurso que pretende derivar os deveres fundamentais a partir da Constituição, em razão de uma ordem objetiva de valores, vênia concessa desses doutos entendimentos, é um discurso vazio, porque essa ordem objetiva só pode se justificar na razão da própria pessoa humana e sua dignidade imanente que precede a Constituição, ao Estado e ao Poder que não a cria, simplesmente a reconhece. Só a pessoa humana e sua dignidade podem preencher o conteúdo do que a dogmática convencionou chamar de “ordem objetiva de valores”, e esses valores essenciais (aquilo que faz a pessoa humana ser o que ela é, em suas dimensões individual e social) são, inequivocamente, a *liberdade*, a *segurança* e a *justiça* em suas várias formas de expressão, de modo que, afirmar que a solidariedade enquanto uma forma de expressão da justiça visando à realização do *bem comum* e que adquire concretização por meio dos deveres fundamentais, precedem qualquer convenção humana e, bem por isso, à Constituição, ao Estado e ao Direito Posto, como a qualquer forma de poder.

Se admitirmos, como não raras vezes a ela se refere a dogmática jurídica, a “Constituição do Homem”, veremos que nem aqui nossa tese deixa de se impor. Se a *Constituição do Homem* demanda, como precedente, o seu reconhecimento e se impõe à Constituição, então a dignidade da pessoa humana por inteiro precede e se impõe à Constituição, inclusive no que respeita aos aspectos da solidariedade, do *bem comum* e dos deveres fundamentais.

A referência à “*Constituição do Homem*” só pode significar um reconhecimento inconfesso de uma *supraconstitucionalidade* a predicar a própria Constituição. Estamos, pois, neste estudo, predicando a Constituição dessa *supraconstitucionalidade* que, na proposta de “Constituição do Homem”, se fundamenta nas dimensões individual e social da pessoa humana, que tem na liberdade, na segurança e na justiça, seus elementos essenciais, suas pilastras, que, à sua vez, fornecem as bases do conceito e o conteúdo da dignidade da pessoa humana, no que se inclui, inarredavelmente, a solidariedade, o *bem comum* e os deveres fundamentais, cumprindo ao Legislador Constitucional apelas reconhecê-los e não constituí-los, até porque, parafraseando Wambert Gomes Di Lorenzo⁹¹⁶, além de se impor à Política, por meio do *bem comum*, como um fim absoluto, “*a solidariedade refere-se ao papel do meio social*” na concretização dessa dignidade. Só pode, portanto, integrá-la.

E quando falamos de responsabilidade comunitária, temos em consideração uma *responsabilidade incondicionada*, sem preço e sem trocas; não é dar uma coisa e receber em outra espécie; antes, é algo que deve ser realizado em nome da dignidade humana e não de um interesse individual, dignidade essa que se adensa e nada perde nessa compreensão.

Logo, precedê-la da Constituição ou compreendê-la em face de uma perspectiva de um custo em prol de um benefício particular é, a nosso ver, um grande equívoco, além de ser inadequado a um conceito ampliado e consentâneo de dignidade humana que anteriormente sustentamos.

Vale renovar que, enquanto expressão e princípio da ordem jurídica a incidir seja como *justiça doméstica*, *justiça social* ou *justiça política*, a solidariedade (e sua forma de concretização em termos de deveres fundamentais) se traduz como uma *ação* concreta em favor do bem do outro. Falamos de uma ação já não alicerçada na misericórdia, nem levada a efeito na expectativa de contraprestação, mas como uma categoria constitutiva da natureza humana, essencial à vida social e, portanto, necessária à pessoa, que dela *depende*. Sem solidariedade, bem de ver, “*sequer há vida social em sentido próprio tampouco há política em sentido estrito*”⁹¹⁷. O próprio Direito (que não se separa da Justiça) só existe sob uma expectativa relacional, ou seja, ele existe para ser exercido em contextos sociais: sem vida social não há Direito, tampouco há

⁹¹⁶ In *Teoria do Estado de Solidariedade*, p.131.

⁹¹⁷ Wambert Gomes Di Lorenzo (in *Teoria do Estado de Solidariedade*, p.131) enfatiza as lições de Cícero, na República II, 42, 69, ao apontar a solidariedade como “*o mais forte vínculo de união permanente em qualquer República*”.

desenvolvimento da personalidade e das potencialidades humanas. Sequer as virtudes, ademais, fazem qualquer sentido senão em um ambiente relacional.

Assim compreendidos, os deveres fundamentais, enquanto forma de concretização da solidariedade e de realização do *bem comum*, consentâneos da natureza social da pessoa humana e sua dignidade, traduzem muito mais do que a participação dos membros de uma comunidade nos meros suportes de existência e de conservação do Estado ou de qualquer outra comunidade e, portanto, representam além da ideia de uma simples repartição universal ou geral de encargos comunitários, até porque são vinculantes do próprio poder, ou seja, do próprio Estado.

São concretizações de uma forma específica de *justiça* (solidariedade, cujo objetivo é a realização *bem comum*) e não podem ser lidos contrapostos a direitos subjetivos de exigir ou fazer jus a alguma coisa em face de alguém, pois a *justiça* que a solidariedade expressa e se concretiza por meio dos deveres fundamentais é via de transformação social, de promoção e de realização da dignidade da pessoa humana, numa compreensão de igual dignidade de todos e de cada um que, por esse caminho, adensam a nossa própria dignidade e a nossa plenitude enquanto seres humanos.

Por isso, não podemos conceder que os deveres fundamentais autônomos possam ser definidos tão somente como o *sacrifício comum* ou o *preço* que pagamos, em última instância, por vivermos em uma sociedade organizada e para a realização dos direitos, liberdades e garantias, nem que eles nisso se esgotem, até porque a dignidade é uma realidade indissociável do corpo e da alma, que não se amolda à compreensão de José Casalta Nabais.

Mais consentâneo da dignidade da pessoa humana seria definir os deveres fundamentais como aquele empenho que envidamos, em concreto, para auxiliar, ainda que, em algumas relações, por meio do Estado (através da *Justiça Distributiva*), as demais pessoas a alcançarem seus fins últimos (provendo os meios, e não definindo os fins, segundo uma ideia *bem comum* personalista), realizando, nessa via, a nossa própria dignidade e humanidade que, além de uma essência primordialmente individual, mas também, necessariamente social, demanda necessidades materiais e imateriais, na medida em que o ser pessoa significa ser um composto plural de corpo e alma.

Consequentemente, temos que os deveres fundamentais constituem, efetivamente, uma categoria autônoma da Constituição, mas que dela não precedem exclusivamente, como nela não se exaurem, categoria essa que, em nível constitucional, se coloca ao lado dos direitos fundamentais, mas com eles não se confundem; uma categoria cujo

fundamento último predecem a Constituição, à medida que concretizam a solidariedade que precedemos do próprio homem da dimensão social constitutiva.

Isso porque são *deveres sem contrapartida*, ao menos no sentido de serem divorciados do poder individual de exigir um direito subjetivo que lhes seja correspondente; eles expressam uma responsabilidade comunitária intrínseca da pessoa e do Estado em relação às pessoas e sua humanidade; correspondem a obrigações de apoio no que tange à realização dos fins de cada ser humano e, por esse meio, a realização de nossa própria dignidade e de desenvolvimento de nossa personalidade.

Ao depois, se a Constituição tivesse precedência em relação à dignidade da pessoa humana, na qual se insere essa dimensão tradicionalmente esquecida da solidariedade, do *bem comum* e dos *deveres fundamentais*, Hitler não teria feito o que fez sob a égide da Constituição de Weimar. Não estaríamos vivenciando, em outro giro, o que está ocorrendo na Venezuela (que conta com uma novel Constituição, inclusive), nem com o que ocorre em Cuba, na Coreia do Norte e em parte da China, exemplificativamente.

Aliás, forçoso seria afirmar que, na Grã Bretanha, sequer poderíamos falar de tutela jurídico-constitucional da pessoa humana, na medida em que não há por lá uma Constituição escrita, porque se cuida de um sistema na *Comum Law*, baseado nos costumes. Teríamos até que dizer, por mais hilário que pareça, que na Grã Bretanha não há falar em uma teoria dos direitos fundamentais ou de tutela da dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, que aquela comunidade não tem deveres fundamentais quaisquer.

Importa não perder de vista que, mesmo em um exame estritamente fechado das Constituições democráticas de Direito é irrefutável que, em que pese sem sistematização ou mesmo dissimuladamente, *os deveres fundamentais* existem de forma abundante em sua disciplina, seja explícita ou implicitamente e, em alguma medida, precederam ao próprio fenômeno constitucional (ainda que, em determinados momentos históricos, não tenham sido retirados da razão humana, como vimos no desenvolvimento do processo histórico de afirmação da solidariedade, ora no cosmo, ora numa divindade).

Sequer em nível jurídico a matéria pode ser vista exatamente como novidade, ainda que não tenha expressamente sido tratada como uma categoria autônoma. Em outras palavras, não se cuida de um fenômeno que surgiu na Contemporaneidade e tampouco um privilégio de um modelo estatal específico.

Desde o surgimento de um poder político centralizado, designado Estado, o tema dos deveres fundamentais esteve sempre presente, tanto no Estado Absolutista,

consubstanciado no *dever de defesa da pátria e na obrigação de pagar tributos*, por exemplo; persistiu no Estado liberal, e só se fez aumentar com o advento da Democracia, após as Revoluções Liberais do Século XVIII, com o surgimento do *dever de sufrágio, dos deveres políticos e dos deveres de participação na vida política da comunidade*, ganhando, adiante, ainda mais espaço como fundamento presente⁹¹⁸ dos direitos sociais, econômicos e culturais surgidos no Estado Social.

A temática acompanhou, inclusive, o comunitarismo e o comunismo que só conhece débitos e que decompõe a liberdade em obrigações, típico dos Estados Socialistas e dos Regimes Totalitários, e se estendeu aos dias atuais, com o incremento do rol de deveres que condensam a ideia de *dever preservação de um ambiente ecologicamente equilibrado, dever de conservação da paz, dever de defesa e valorização do patrimônio histórico, cultural, urbanístico e paisagístico* que, enfim, enfeixam uma espécie de responsabilidade não apenas no âmbito da comunidade internacional, como uma responsabilidade intergeracional e que ultrapassa as fronteiras do Estado-Nação, razão pela qual não comportam fechamento em um sistema constitucional.

Os deveres fundamentais, enfim, aqui compreendidos como imediatamente decorrentes da dignidade da pessoa humana enquanto categoria autônoma, traduzem aquelas posições jurídicas subjetivas compreendidas como as obrigações que cada indivíduo tem para com a Comunidade Internacional, para com o Estado, para com a Sociedade, para com a Comunidade local, para com grupos sociais e profissionais, para com a sua Família e para consigo mesmo, no sentido de propiciar uma base material e imaterial, bem como efetiva, que satisfaça as necessidades e concretize a dignidade de todos e de cada um, *independente de mérito*, ou seja, independentemente de qualquer conduta ou atuação de quem deles se beneficia, tendo apenas por foco a realização de justiça distributiva e social, em harmonia com as ideias de igualdade substancial e de igual dignidade substancial entre todos os seres humanos.

São também aquela atuação concreta que cada estrato da vida social, Comunidade Internacional, Estado, Sociedade, Comunidade local, grupos sociais e profissionais, Família e indivíduo podem demandar com o apoio comunitário, no sentido de propiciar uma base material e imaterial, bem como efetiva, que satisfaça as necessidades e concretize a dignidade de todos e de cada um.

⁹¹⁸ E é, inequivocamente, a solidariedade, enquanto forma de expressão da justiça, realizadora do bem comum, que impõe deveres ao Poder Político e à comunidade de realizar a Justiça Política e a Justiça social.

São igualmente aqueles deveres fundamentais impostos aos Estados como fins últimos da Política, vinculada que está no que respeita aos resultados de sua atuação, ao desenvolvimento da dignidade das pessoas, mediante distribuição adequada de riquezas e promoção da *justiça social*, pois esse é, nessa leitura, o fundamento e o fim de todo o poder político.

Em qualquer hipótese, o substrato dessa obrigação é o dever de solidariedade e o seu fundamento último enquanto uma expressão da justiça, decorrente da dignidade da pessoa humana. É, em efeito, uma deverosidade natural da condição humana, fulcrada na mesma dignidade, especialmente a partir da compreensão de que ser pessoa é ser essencialmente individual, único, irrepetível, insubstituível, impassível de coisificação, mas, necessariamente, também, social, a quem a humanidade impõe um ambiente coletivo onde se compartilha a humanidade e que a vivência humana em sociedade equivale à plenitude do ser e ao desenvolvimento das potencialidades humanas.

Dessa perspectiva, é possível afirmar que os deveres fundamentais são precedentes da Constituição, pelas razões reiteradamente apontadas, essenciais à conformação de uma ordem jurídico-política justa; sem eles, seria impensável falar em existência e manutenção de uma sociedade política, fundada na razão humana, organizada segundo uma obrigação de consecução dos fins de um Estado democrático e social de Direito, como seria incogitável a própria ideia de direitos fundamentais que, desprovida de sua deverosidade natural, só poderia ser compreendida como dignidade humana parcial, alheia às ideias de plenitude, do reconhecimento e de desenvolvimento das potencialidades que a condição humana exige.

E nesse sentido, a dimensão econômica dos deveres fundamentais (o custo de vivermos numa sociedade organizada), à evidência, não constitui o fundamento nem de um nem de outro, embora, de algum modo, o desenvolvimento econômico, repita-se, sempre irá interferir na extensão e nas possibilidades de concretização de direitos fundamentais e de deveres fundamentais, vistos como o auxílio de cada um no desenvolvimento da humanidade de todos, como nas possibilidades do poder político distribuir riquezas e realizar justiça social.

Se direitos fundamentais têm custo ou os deveres fundamentais constituem um sacrifício, ao nosso modo de ver, tais custos não constituem a causa eficiente nem dos direitos nem dos deveres fundamentais (que, aliás, não se reduzem a bens materiais), tampouco que o próprio custo integre o conceito de direitos fundamentais ou de deveres fundamentais (para nós considerados não só como direitos humanos e deveres

fundamentais albergados positivamente, de forma implícita ou explícita, pelas Constituições, mas todos aqueles que compreendemos como decorrentes da condição humana, na medida em que perfilhamos o entendimento personalista segundo o qual tanto os direitos fundamentais como os deveres fundamentais têm natureza declaratória e não constitutiva da Constituição). O custo, em última instância, irá apenas delimitar o nível de concretização dos direitos fundamentais e dos deveres fundamentais que, naturalmente, dependem do nível de desenvolvimento de cada estrato social da vida comunitária, nível que naturalmente esbarra na escassez dos recursos confrontada com as necessidades ilimitadas dos meios para alcance dos fins, conforme definidos por cada ser humano.

Admitindo uma deverosidade natural como imediatamente decorrente da dignidade da pessoa humana, que não depende de constituição de qualquer poder, mas de mero reconhecimento, chegamos a outro impasse doutrinário importante e digno de nota que é a discussão em torno do regime jurídico dos deveres fundamentais.

Nesse tópico, José Casalta Nabais⁹¹⁹ sustenta que os deveres fundamentais - por ele admitidos como imediatamente decorrentes da condição de pessoa humana e sua dignidade imanente -, estão sujeitos ao mesmo regime jurídico dos direitos fundamentais, qual seja, o *regime geral* que vale para todo o *estatuto jurídico-constitucional do indivíduo*.

Assim, a exemplo do que ocorre com os direitos fundamentais, os deveres fundamentais são informados pelo *princípio da universalidade*, impondo-se, de rigor, salvo justificadas exceções, a todos os cidadãos do mesmo grupo ou categoria objetiva (exemplos: *dever de isenção político-partidária do militar* e, no Brasil, *dos Membros do Ministério Público*; *dever de obediência hierárquica dos servidores públicos*; e *dever de manutenção e de educação do respectivos filhos*).

Eles estão igualmente subordinados ao *princípio da igualdade*, tanto sob o viés de proibição de arbítrio, que impede o poder político de proceder a discriminações sem uma justificação racional e razoável, ou seja, sem que tenha por fundamento critérios ou valores objetivos e constitucionalmente relevantes, como sob a perspectiva da vedação de discriminações de caráter exclusivamente subjetivo (como ascendência, raça, cor, sexo, língua, território, religião, convicções políticas, ideológicas) ou que assim sejam tomados para efeitos de discriminações constitucionalmente injustificadas, e a imposição de discriminações positivas compensatórias de desigualdade. Para José

⁹¹⁹ In *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, p.140 e s.

Casalta Nabais, isso se justifica com base no *estatuto jurídico-constitucional do indivíduo*; em nossa tese, isso se justifica porque o estatuto jurídico-constitucional do indivíduo se funda na própria dignidade da pessoa humana, de onde derivam deveres fundamentais concretizadores da solidariedade, realizadora do *bem comum*, enquanto forma de expressão de justiça que a constitui.

Segundo o mesmo autor, quanto aos deveres fundamentais, também se verifica uma exigência geral de igualdade de tratamento (e não de igualização) “*que apenas será afastada se e na medida em que a constituição o autorize*”⁹²⁰. Neste aspecto, também ousamos divergir do mestre português porque, ao considerarmos que os deveres fundamentais decorrem imediatamente da dignidade da pessoa humana, consideramos que, além de serem precedentes da própria Constituição, eles servem como critério orientador e como critério para aferir a validade das próprias escolhas do poder político constitucional. É dizer, não é qualquer escolha, em termos de deveres fundamentais, do legislador constituinte, que irá se mostrar válida, porque, do Estado de Direitos Humanos, centrado na dignidade da pessoa, não há espaço legítimo do poder pelo poder. O poder só se justifica se estiver a serviço dessa mesma dignidade, de modo que os atos dele emanados somente serão válidos se em harmonia com esse metaprincípio, do qual decorre uma deverosidade natural.

Os deveres fundamentais sujeitam-se, igualmente, ao escólio de José Casalta Nabais, ao *princípio da proporcionalidade* em sentido amplo - mormente quando impliquem restrições a direitos, garantias e liberdades - que, enquanto proibição de excesso, exigem observância dos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade estrita, é dizer, devem ser adequados à realização dos fins; devem ser indispensáveis e exigíveis, sem que exista meio diverso de realização menos restritiva, além de constituírem a justa medida (proporção meio-fim) e são, igualmente, suscetíveis de tutela judicial.

E, por fim, o mesmo autor sustenta que eles ainda se aplicam a pessoas e organizações coletivas valendo, quer para nacionais residentes no estrangeiro, como para estrangeiros e apátridas que, porventura, residam em uma dada comunidade, bem como o da sujeição à tutela jurisdicional.

Ao escólio de José Casalta Nabais⁹²¹, se, de um lado os deveres fundamentais são aplicáveis aos princípios da universalidade⁹²², da igualdade e da não discriminação em

⁹²⁰ In *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, p.143.

⁹²¹ In *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, p.148.

razão de critérios subjetivos ou interditos pela Constituição, da proporcionalidade e seus subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, relativamente à concretização do legislador, da aplicação aos estrangeiros e apátridas e da tutela judicial, por outro, os deveres fundamentais *não são diretamente aplicáveis* (postura que, obviamente, vai de encontro àquilo que defendemos).

Não apenas José Casalta Nabais, mas, também, esse é o entendimento dominante na doutrina. A dogmática constitucional afirma que, ao contrário do que ocorrer com os direitos, liberdades e garantias consagradas pela Constituição, os deveres fundamentais, tal como ocorre com os direitos sociais *lato sensu*, não têm o seu conteúdo caracterizado ou diretamente concretizável ao nível de sua normatização constitucional, constituindo, bem por isso, *deveres de concretização*.

Dito de outro modo, diz-se que, em regra, *os deveres fundamentais não têm aplicação imediata e dependem de uma concretização legal complementar ao conteúdo constitucional*.

Nesse aspecto, Ingo Wolfgang Sarlet⁹²³ recomenda cautela quanto a essa conclusão. Lembra que essa categoria alcança deveres de natureza política, sociais, econômicas, sendo possível afirmar que “*os deveres podem - a depender da norma jurídico-constitucional que os fundamentais - ter eficácia e aplicação imediata, mas tais características, no plano dos deveres, devem, a depender da hipótese, ser compreendidas de modo distinto do que ocorre com os direitos*”, raciocínio próprio do constitucionalismo brasileiro (forte na cláusula de abertura do artigo 5º, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil), onde não há, como existe em Portugal, uma diferenciação de regimes ou regime jurídico específico para os direitos, liberdades e garantias em relação aos direitos sociais, econômicos e culturais.

Se, porventura, sua concretização puder ser diretamente deduzida da Constituição, o legislador ordinário disporá de ampla liberdade para regulamentá-los e para estabelecer as sanções em casos de transgressão.

No mais, segundo a visão doutrinária tradicional, o regime jurídico dos deveres fundamentais, no que respeita à sua aplicabilidade, assemelha-se ao regime dos direitos sociais *lato sensu*; são normas, a rigor, de aplicabilidade imediata, tendencialmente, de cunho *programático*, como ocorre no Brasil, onde não há dualidade de regimes

⁹²² No que se entendem todos os nacionais, estrangeiros e apátridas, com a ressalva do dever de sufrágio, onde se verifica restrição de votos e de participação nas decisões políticas da sociedade.

⁹²³ In *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, pp.243-245.

constitucionalmente previstos para os direitos fundamentais, valendo registrar que, na doutrina, essa matéria - que não será examinada neste estudo - não tem trânsito pacífico.

Na visão tradicional, em que pesem as similitudes no que respeita ao regime dos direitos sociais em sentido amplo, há deveres fundamentais que constituem objeto de disciplina constitucional que vão além de uma mera previsão ao nível da Constituição: eles são tidos como *habilitações* e não propriamente *imposições* ao legislador ordinário, em face do que José Carlos Vieira de Andrade reconhece sua relevância jurídica como uma espécie de *autorização* ao legislador ordinário para que este possa restringir o direito das pessoas na medida do necessário para a sua salvaguarda, conquanto preservado o conteúdo essencial dos direitos fundamentais⁹²⁴. Aqui é onde a matéria se imbrica com o fundamento que a dogmática tradicional invoca como substrato constitutivo dos deveres fundamentais, ou seja, aquela ordem objetiva de valores que autoriza criar deveres e impor limitações à liberdade.

Nesse sentido, também é profícua a lição de Ingo Wolfgang Sarlet⁹²⁵, ao advertir que, embora “*os deveres não possam ser confundidos com os limites e as restrições aos direitos fundamentais, tais restrições podem ser justificadas a partir dos deveres fundamentais, designadamente, em prol do interesse comunitário (ou da assim designada responsabilidade comunitária dos indivíduos) prevalente, desde que preservado o núcleo essencial dos direitos, visto que os deveres não justificam, por si, uma prevalência apriorística do interesse público sobre o particular. A dimensão normativa dos deveres fundamentais determina tanto a limitação de direitos subjetivos como também a redefinição do conteúdo desses, como ocorre, por exemplo, com a imposição constitucional do cumprimento da função social da propriedade*”.

Assim é que o legislador ordinário, nessa construção teórica, é o primeiro destinatário dos deveres fundamentais; é a ele que a Constituição confere certa margem de liberdade para que, segundo um espaço de livre decisão, ele possa defini-los, delimitá-los, restringir, em alguma medida, a liberdade, e estabelecer as respectivas sanções.

O legislador, segundo essa linha de compreensão, não está obrigado a regulamentar o dever fundamental. Ele recebe, bem de ver, na visão dogmática, uma habilitação constitucional, e não uma imposição de complementar ou colmatar o conteúdo

⁹²⁴ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, in *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2006, p.162.

⁹²⁵ In *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p.244.

constitucional, o que irá repercutir diretamente na sua justiciabilidade, ou seja, no direito de exigir uma atuação legislativa concreta e imediata nesse sentido.⁹²⁶

Essas conclusões jurídicas que, em maior ou menor grau, se complementam, têm visão bastante distinta da nossa em torno do fenômeno constitucional e sua centralidade, como entendimento insuficiente e equidistante do nosso em termos de dignidade da pessoa humana.

Primeiro porque, em primeira linha, veem os deveres fundamentais não como um dado, mas como um construído a partir da Constituição e os compreendem como posições jurídicas passivas, o outro lado da relação jurídica fundamental entre o Estado e os indivíduos, ou seja, como posturas opostas a dos direitos fundamentais, ou seja, somente de dever do indivíduo para com a comunidade, seu titular ativo é, de regra, o Estado, pois só ele está legitimado estabelecer e editar a disciplina legal de sua realização nessa postura nomeadamente positivista.

Bem observada, contudo, essa postura não esclarece outras modalidades de deveres fundamentais, justamente porque não enxerga que a solidariedade e o *bem comum* se manifestam em vários níveis, como vimos no segundo capítulo da segunda parte de nossa investigação.

Para a conclusão de insuficiência, basta examinar o mundo real, onde as relações humanas não se circunscrevem àquelas existentes entre os indivíduos e o Estado. Há deveres fundamentais ao nível individual (primeiro estrato social, já que o homem é tanto individual como social), doméstico, ao nível de grupos, profissional, ao nível da vida coletiva nos bairros, nas cidades, nos estados-membros de uma Federação e também de conteúdo econômico, social e cultural (e.g., *dever de trabalhar, dever dos pais de manutenção e de educação dos filhos; dever de cultivar a terra, de promover a saúde, de defender o ambiente, de valorizar o patrimônio cultural, dever de prestar serviço militar, dever de votar, de contribuir com a administração eleitoral, de contribuir com o Tribunal do Júri, sendo jurado, dever de pagar impostos, dever de defesa da pátria*, tudo a título meramente ilustrativo) que incumbem aos indivíduos e à comunidade, não necessariamente o poder político. Eles já não dizem com a existência ou manutenção do Estado diretamente, nem com o custeio da máquina pública, mas ainda constituem deveres de solidariedade que se concretizam em outras esferas da vivência social, ou seja, onde houver relação social, há deveres fundamentais, porque

⁹²⁶ A legislação brasileira consagra, neste aspecto, medida judicial específica, consubstanciada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, como preceituam os artigos 102, § 1º, e 103, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal.

eles não decorrem da lei, nem da Constituição; constituem uma deverosidade que decorre da própria dignidade humana.

Portanto, dizer que os deveres fundamentais não têm aplicação imediata, e sustentar que eles dependem de uma concretização legal complementar ao conteúdo constitucional e que são, tendencialmente, de cunho programático ou habilitações, diretivas, e não propriamente imposições ao legislador ordinário, mormente quando demonstrada a existência de deveres fundamentais que sequer resultam de qualquer ideia de repartição universal de encargos, que digam respeito à existência e ao funcionamento da entidade estatal, nem que visem exclusivamente à concretização da liberdade individual, é não compreender o seu fundamento último (o homem e a dignidade da pessoa humana, lida de forma integral), tampouco entender, nesse mesmo contexto, o sentido e a estrutura de base da solidariedade e do *bem comum*, que comportam reconhecimento e não criação. Da comunidade e dos poderes constituídos só demandam desenvolvimentos, melhoramentos e vinculação de resultados na construção conjunta da dignidade de todos e de cada um, notadamente como fim último da Política.

Não perfilamos, portanto, do que cogita José Joaquim Gomes Canotilho⁹²⁷ ao referir que, “*as ideias de ‘solidariedade’ e de ‘fraternidade’ apontam para deveres fundamentais entre cidadãos*”. Tampouco da leitura do constitucionalista português de que, dos deveres fundamentais afirmamos fundados e integrados na própria dignidade da pessoa humana, possamos derivar o dever de obediência às leis e o dever de respeito dos direitos dos outros, o que lhe parece transportar uma tendencial ideia de aplicabilidade imediata.

Não em absoluto. Aqui o constitucionalista português, vênica concessa, procede a um enorme equívoco, o dever de obediência às leis e o dever de respeito dos direitos dos outros não são concretizações da solidariedade (enquanto forma específica de expressão da justiça), eles têm outro fundamento.

Além disso, em nossa postura de predicar uma deverosidade natural imediatamente da dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, insuscetível de inteira disposição pelo poder político, pode mesmo justificar a resistência e a desobediência da lei, quando esta, advinda do poder que for, se desviar do fundamento e dos fins da pessoa humana que lhe conferem legitimidade ao poder e validade às normas por ele ditadas.

Isso não obsta concluir que, tendo a Constituição acolhido a solidariedade como princípio da ordem constitucional, é o legislador ordinário, efetivamente, *prima facie*, o

⁹²⁷ In *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp.532 e s.

destinatário das normas que devem definir a extensão da exigência, âmbito de operacionalidade e de eficácia dos deveres fundamentais quando não for possível deduzi-los diretamente da Constituição, dada a baixa normatividade do preceito constitucional. Cabe, assim, ao legislador, nessa visão, definir o conteúdo de cada dever, tarefa para a qual dispõe de toda uma margem de liberdade para conformar os deveres fundamentais e fixar as sanções correspondentes à sua inobservância, sempre atuando segundo o princípio orientador de delimitador do poder estatal: a dignidade da pessoa humana, dando concretização à expressão da justiça que a solidariedade incorpora e a realização do *bem comum* que ela exige. Nesse aspecto convém uma vez mais lembrar que o *bem comum*, em que pese seja um único bem, opera em vários níveis, assim como entre os próprios poderes públicos e privados.

Compreendemos, no entanto, quando a doutrina dominante afirma que não há parâmetro de comparação dos deveres fundamentais com os direitos fundamentais, sejam os direitos, liberdades e garantias, sejam os direitos sociais, econômicos e culturais, porque, habilitações não são imposições, o que repercutirá na questão da justiciabilidade, no que respeita à omissão. Mais uma vez entendemos que essa postura está equivocada, centrada numa visão parcial da dignidade humana e numa insuficiente e incompleta perspectiva dos deveres de solidariedade, assim como estritamente focada na ideia de custos, quando nem todos os deveres fundamentais demandam custos ou encontram nele o seu fundamento, embora, como já dissemos, somos acordes que o nível de desenvolvimento de uma dada comunidade sempre se projetará sobre o nível de realização da dignidade humana por meio de deveres fundamentais.

A dogmática constitucional não preconiza que os deveres fundamentais sejam meras proclamações, reconhecendo que elas integram a Constituição dogmática e a Constituição do Indivíduo como pessoa humana. Mas não concede que os deveres fundamentais, entre os operadores jurídicos concretos, os juízes e a Administração Pública, possam deduzir, como regra geral, efeitos dos deveres fundamentais diretamente da Constituição, admitindo-o apenas de modo indireto, por meio de lei. Resulta daí uma postura bem clara: *“para os operadores jurídicos concretos, os deveres fundamentais não têm uma eficácia nos termos da Constituição, mas uma eficácia nos termos das leis que os concretizam e os disciplinam”*.⁹²⁸

E assim é, porque, nessa análise dogmática, parte-se do entendimento de que qualquer comunidade organizada, cujo exemplo mais exitoso tem sido o Estado, está

⁹²⁸ CASALTA NABAIS, José, in *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, p.175.

estruturada, necessariamente, sobre deveres fundamentais, de onde provêm os aportes necessários à existência e ao funcionamento dessa mesma comunidade.

A organização em comunidade intenta realizar uma cidadania de liberdade, liberdade essa que, seja pensada no quadro dos direitos, liberdades e garantias, seja no dos direitos *sociais lato sensu*, tem custos que não podem ser desconsiderados mas que não constituem, a nosso modo de ver, fundamento último dos deveres fundamentais no quadro de um Estado de Direito fundado na dignidade da pessoa humana e que, como tal, mais não são do que um instrumento a seu serviço.

Quando a dogmática se foca em “custos”, notadamente, considera aqueles ligados à própria existência e sobrevivência do Estado (os deveres de defesa à pátria, inclusive pela via militar⁹²⁹, o dever de votar), além dos custos financeiros públicos, efetivados no dever de pagar impostos, considerando, portanto, os custos pessoais.

Os direitos têm custos e esta talvez seja a maior resistência ou antipatia no trato da matéria dos deveres fundamentais que, não obstante afirmados como integrantes da Constituição do Indivíduo, recorrentemente são teorizados sob uma perspectivada essencialmente patrimonial⁹³⁰, e que para nós comporta apenas uma leitura: os elementos essenciais da condição humana e o conteúdo da dignidade que lhe é imanente, no que se inserem os deveres fundamentais como concretizadores da solidariedade, meio pelo qual uma parte da justiça se expressa e como se realiza o *bem comum*.

Essas preocupações em torno dos custos dos direitos são especialmente consideradas por Stephen Holmes e Cass R. Sustein⁹³¹, e culminam na afirmação, pelos autores, de que todos os direitos são positivos, mesmo os clássicos direitos da liberdade, comumente ditos *direitos negativos*, de primeira dimensão, pois mesmo que eles não exijam uma prestação direta, demandam custos financeiros públicos.

Para garantir, por exemplo, a propriedade privada, o Estado, além de necessitar se assegurar do próprio funcionamento da máquina pública, precisa investir e manter um aparato policial e conseqüente, tanto no que respeita à prevenção quanto no que concerne à violação desse direito. Para mais um exemplo, considere-se o direito ao sufrágio que,

⁹²⁹ Deixamos propositamente de fora da análise a questão da objeção de consciência, pois foge aos nossos objetivos tal abordagem.

⁹³⁰ “*Todos os direitos, porque não são dádiva divina nem frutos da natureza, porque não são auto-realizáveis nem podem ser realisticamente protegidos, num estado falido ou incapacitado, implicam a cooperação social e a responsabilidade individual. Daí decorre que a melhor abordagem para os direitos seja vê-los como liberdades privadas com custos públicos*”, é o que diz José Casalta Nabais (in *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, p.176).

⁹³¹ In *The Cost of Rights*. New York: W.W.Norton & Company, 1999, pp.35 e s.

de natureza não prestacional, exigindo do particular apenas o esforço pessoal de votar, reclama todo o custo financeiro indireto de viabilizar o processo eleitoral e as eleições em si, custos que nem sempre são perceptíveis, mas são, de fato, existentes e são inegáveis.

Os direitos negativos, concernente a este aspecto, portanto, são, segundo Stephen Holmes e Cass R. Sustein, tão positivos quanto os clássicos direitos prestacionais, porque também exigem dispêndio financeiro público. A diferença está em que, nestes, essa exigência é direta e mais perceptível a olho nu; naqueles, os custos são indiretos e muitas vezes não nos damos conta deles.⁹³²

Logo, os direitos de cunho negativo não se mostram alheios a essa realidade econômica, fazendo sucumbir à ideia de que somente os direitos positivos, de cunho prestacional, demandariam custos comunitários.

É por isso que José Casalta Nabais⁹³³ quando trata dessa problemática, refere-se aos deveres fundamentais como “*a face oculta dos direitos fundamentais*”⁹³⁴. Não que os compreenda como deveres correlativos a direitos: a face oculta dos direitos fundamentais, no abalizado entendimento do autor português, se revela justamente nos deveres fundamentais autônomos como posições subjetivas passivas, por constituírem, em um sentido amplo, o custo dos direitos. “*Não há direitos fundamentais gratuitos*”⁹³⁵ argumenta o autor, pois todos os direitos fundamentais têm custos financeiros públicos.⁹³⁶ A própria liberdade tem custo.

⁹³² Como observa José Casalta Nabais (in *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, pp.177-179), “*os custos dos direitos sociais concretizam-se em despesas públicas com imediata expressão na esfera de cada um dos seus titulares, uma esfera que assim se amplia na exacta medida dessas despesas. Uma individualização que torna tais custos particularmente visíveis tanto do ponto de vista de quem os suporta, isto é, do ponto de vista do Estado, ou melhor, dos contribuintes, como do ponto de vista de quem deles se beneficia, isto, do ponto de vista dos titulares dos direitos sociais*”. Isso, a propósito de destacar o que não acontece com os custos dos clássicos direitos, liberdades e garantias, que se concretizam por meio das despesas a serem feitas pelo Estado com sua realização e proteção. É dizer, são custos dos serviços e bens públicos, notadamente, não individualizáveis junto a cada titular. Quanto a estes custos, a exemplo dos impostos indiretos, estamos, de certo modo, anestesiados, pois eles ficam na penumbra. Não nos damos conta que também os financiamos; eles têm por suporte meios financeiros públicos, fundamentalmente os impostos, pois é desse aporte que o Estado se vale, por excelência, para a realização da pessoa no respeito de sua dignidade.

⁹³³ In *Por uma Liberdade com Responsabilidade*, Coimbra: Coimbra, 2007, p.163.

⁹³⁴ Propondo-se a falar sobre os deveres e os custos dos direitos, a face oculta do estatuto constitucional do indivíduo, o autor (in *Por uma Liberdade com Responsabilidade*. Coimbra: Coimbra, 2007, p.164) faz uso da expressão em alusão à lua que também possui uma dimensão que não se apresenta aos nossos olhos, o que não significa que tal faceta não exista. Não obstante não possamos enxergar o que está por detrás da lua, tal dimensão existe “*e é absolutamente necessária para a compreensão correcta do indivíduo e, por conseguinte, da pessoa humana em sede de seus direitos fundamentais*”, destaca o autor.

⁹³⁵ In *Por uma Liberdade com Responsabilidade*. Coimbra: Coimbra, 2007, p.195.

⁹³⁶ Neste aspecto, o autor chama a atenção para a lucidez ou clarividência de Alexis de Tocqueville que, em seu tempo, já dizia que ‘a reclamação de direitos e a sua realização não é suficiente; os cidadãos

A seu modo de ver, os deveres (ou custos dos direitos) são “*a responsabilidade comunitária que os indivíduos assumem ao integrar uma sociedade organizada, mormente uma comunidade organizada como estado (moderno). O que faz dos indivíduos, verdadeiras pessoas, ou seja, membros, ao mesmo, tempo livres e responsáveis, pela respectiva comunidade estadual*”.⁹³⁷

Em nenhum momento, é bem verdade, o autor coloca os deveres fundamentais em pé de igualdade ou quis situá-los à frente dos direitos fundamentais⁹³⁸. Ao contrário, ele também defende o caráter não correlacional entre direitos fundamentais e deveres fundamentais, primando por postura não funcionalista dos direitos fundamentais (que, a nosso ver, buscam primazia em elementos distintos da natureza humana). Mas, também, e por outro lado, não os integra à própria dignidade do homem, não comungando de uma deverosidade natural do referido princípio universal, que caiba ao Poder apenas regular quanto à extensão, à operatividade e ao nível de exigência de concretização.

Com efeito, em um Estado democrático de Direito, a liberdade individual, notadamente, na dimensão peculiar de cada ser humano, não se compreende funcionalizada; ela não é algo reconhecido ao indivíduo para que determinado fim social estabelecido por terceiros seja atingido. Não seriam os fins sociais a fornecerem os critérios de concretização de seu conteúdo ou de controle do seu bom exercício⁹³⁹, como adverte José Carlos Vieira de Andrade, sublinhando que, em princípio, tal definição de conteúdo pertence ao seu titular, presumindo que ele abrange todas as situações e formas de exercício que não sejam constitucionalmente defesas.

Essa questão se apresenta especialmente controvertida quando se trata justamente de enfrentar o problema dos deveres associados a direitos fundamentais, circunstância em que o reconhecimento de deveres pode alterar não só a estrutura, mas, também, o significado dos direitos, que acabariam, segundo José Carlos Vieira de Andrade, admitindo uma profunda intervenção dos poderes públicos, o que poderia acarretar a anulação ou funcionalização de tais direitos postos a serviço de forças ou finalidades coletivas, questão que habitualmente aparece nas relações entre particulares (um âmbito em que os direitos intentam exatamente conceder aos indivíduos um espaço de atuação

também têm deveres fundamentais’ (in *Por uma Liberdade com Responsabilidade*. Coimbra: Coimbra, 2007, pp.194-195)

⁹³⁷ In *Por uma Liberdade com Responsabilidade*. Coimbra: Coimbra, 2007, p.193.

⁹³⁸ In *Por uma Liberdade com Responsabilidade*. Coimbra: Coimbra, 2007, p.164.

⁹³⁹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, in *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p.165.

livre da ingerência ou da interferência dos poderes do Estado ou de outros poderes sociais) e não aquelas típicas de atuação dos poderes públicos.

José Casalta Nabais intenta ultrapassar esse problema sustentando que, em última instância, *os deveres fundamentais são ainda uma via de tutela da liberdade*, no que, em efetivo, não está errado, porque, enquanto concretização da solidariedade, realiza por inteiro a dignidade de todos e de cada um, adensando a própria dignidade na extensão de todo o seu conteúdo.

Reconhecendo a ousadia que é falar sobre deveres fundamentais em um tempo que se volta maciçamente (numa espécie de exorcismo ao passado⁹⁴⁰) para o exclusivo discurso da liberdade e dos direitos que a concretizam - num processo que, de tão inflacionado, chega às raias da banalização⁹⁴¹ -, o autor irá apenas destacar a importância de erigir os deveres fundamentais à mesma categoria dos direitos fundamentais, pois *“tanto os direitos como os deveres fundamentais integram o estatuto constitucional do indivíduo, ou melhor, da pessoa humana. Um estatuto que assim tem duas faces, ambas igualmente importantes para compreender o lugar que a pessoa humana deve ter na constituição do indivíduo, constituição que, como é bom de ver, deve ocupar o primeiro lugar na ordenação das matérias constitucionais. Efectivamente, a constituição do indivíduo ou dos direitos fundamentais deve preceder as outras constituições, a saber: a constituição política ou da organização política e a constituição econômica ou da organização econômica”*.

O raciocínio não nos parece errado, mas limitado. Quando o mestre português refere *“estatuto constitucional do indivíduo”*, ou melhor, *“da pessoa humana”*, deixa de reconhecê-lo com algo superior e anterior à Constituição; uma suprallegalidade que a justifica, delimita e limita sua autoridade: a pessoa humana e sua dignidade imanente,

⁹⁴⁰ José Casalta Nabais suscita que, se analisarmos a doutrina europeia do segundo pós-guerra, iremos constatar que tanto os deveres em geral como os deveres fundamentais, foram objeto de um “pacto de silêncio”, de um verdadeiro desprezo (in *Por uma Liberdade com Responsabilidade*. Coimbra: Coimbra, 2007, p.165).

⁹⁴¹ Nesse sentido, também a lição de Norberto Bobbio, chamando atenção para a crise de efetividade vivenciada pelos direitos fundamentais, em crítica ao “fundamentalismo”, o que compreende como “processo inflacionário” dos direitos fundamentais, tempos em que, todos os dias, aparecem novos direitos ditos fundamentais sem que os já declarados dotados de fundamentalidade ainda não se concretizaram para a imensa maioria: *“Com feito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais, ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados”* (in *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p.25).

da qual dimana uma deverosidade natural, concretizadora da solidariedade e do *bem comum*.

Em matéria de direitos fundamentais, a liberdade individual assume primazia, notadamente quanto aos fins, regra que só admite redução em face de justificações contundentes que imponham intervenções limitativas ou restritivas. Já a solidariedade, consoante a definimos neste estudo, expressa outro elemento essencial da condição humana, a justiça, em que a liberdade é compreendida segundo a dimensão social do homem e exige atuação concreta de todos e do todo de apoio, em termos de meio para realização dos fins a que cada ser humano definir, segundo a lógica do *bem comum*, segundo os vários níveis em que ele opera.

A postura dogmática, que preconiza os direitos fundamentais como um dado e os deveres fundamentais como um construído resulta da compreensão de que a liberdade individual, no contexto de um Estado democrático de Direito, não obstante o seu relevo para o desenvolvimento da personalidade humana, não se apresenta como algo absoluto; parafraseando José Carlos Vieira de Andrade⁹⁴², ela se coloca como algo com “*autonomia moral e autorresponsabilidade na atuação social*”, motivo pelo qual, nem nessa esfera, “*os indivíduos podem se considerar alheios aos valores comunitários que preenchem o espaço normativo em que se movem e têm o dever de respeitar*”: as normas constitucionais trazem em si limites imanescentes que excluem determinadas situações do âmbito de proteção constitucional, valores que, em situação de conflito, obrigam a uma compreensão dos direitos ou autorizam o legislador a restringi-los ou a limitá-los na medida do necessário; princípios de interpretação que permitem conferir graus de intensidade de proteção distintos a diversas situações ou modo de exercício.

Pois bem. A generalidade da doutrina compreende que é o legislador constituinte quem decide pela consagração dos deveres fundamentais, na medida em que não reconhece possam existir deveres fundamentais fora da Constituição. De nossa parte, já deixamos claríssimo que não perfilharmos esse entendimento, sustentando, à razão humana, uma deverosidade natural imediatamente decorrente da dignidade humana, precedente à Constituição, para dizer que nem o legislador constituinte é inteiramente livre, no que diz respeito aos deveres, quanto à sua normatização jurídica.

⁹⁴² VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, in *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p.166.

No capítulo que segue nos dedicaremos à questão da vinculatividade oriunda da solidariedade e às razões pelas quais defendemos a existência de deveres fundamentais mesmo sem previsão constitucional expressa ou implícita.

CAPÍTULO 4. Solidariedade: a quem ela vincula?

Advogamos, pelo até aqui examinado, a tese de que a solidariedade deve ser compreendida como uma forma específica de expressão da justiça (lida sob o viés da igualdade substancial), que realiza, em diversos níveis, o *bem comum* (justiça doméstica, justiça social, justiça política), e ganha concretização por meio de deveres fundamentais.

Predicamos, portanto, a solidariedade segundo a definição acima, de um dos elementos essenciais do ser humano, qual seja, a *justiça*, e afirmamos que tal elemento, junto da segurança e da liberdade, definem o conceito de dignidade humana e constituem o seu próprio conteúdo, sem prejuízo desse conteúdo comportar outros elementos e poder ser recorrentemente melhorado, ampliado e aperfeiçoado; que cada ser humano traz em si uma dignidade à razão humana, simplesmente por ser humano, único, irrepetível, insubstituível, dignidade que lhe é imanente, que não depende de conhecimento por parte dos poderes estatais, mas de mero reconhecimento, proteção e promoção, falando, em suma, na necessidade de tutela jurídico-constitucional de algo que precede ao Estado, à Constituição e ao próprio Direito.

Dissemos que ser pessoa implica ser, primeiramente, individual e necessariamente social, e que, como a humanidade é adjetivo de ser pessoa; que cada um de nós carrega em si a humanidade inteira. Ainda, afirmamos que, considerando a natureza social constitutiva do homem, precisamos de nossos semelhantes para desenvolver nossa personalidade, segundo as ideias de plenitude e de reconhecimento de uma igual dignidade em nossos semelhantes e que isso comina responsabilidade de todos e de cada um pelo destino de nossos semelhantes, pois, afinal, não somos meros portadores de um DNA ambulante, reduzidos e confinado numa mera existência física.

Comungamos e afirmamos correto o conceito de Ingo Wolfgang Sarlet, também entendendo por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem às pessoas proteção contra

todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como prestações que venham a lhes garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Por essas razões, consideramos que a solidariedade integra o próprio conceito de dignidade da pessoa humana e, em sendo assim, sustentamos uma deverosidade natural como parte imediatamente decorrente dessa mesma dignidade. Por conseguinte, uma “*deverosidade fundamental*”, que concretiza a solidariedade e realiza o *bem comum* em vários níveis e em vários estratos da vida social, cominando obrigações autônomas do indivíduo para esses vários estratos da vida social em que realiza a sua dimensão social, da menos até a mais complexa, assim como deveres do próprio Poder em relação às pessoas humanas, uma vez que o convívio em sociedade determina, isto é, ordena, relações e responsabilidades do indivíduo com a sociedade, assim como responsabilidade da sociedade, inclusive, da sociedade política, para com os indivíduos.

Defendemos que, enquanto inerente à própria dignidade da pessoa, a solidariedade, em que pese positivada na maioria dos Estados democráticos de Direito, precede à Constituição, precede ao Estado e precede ao próprio Direito e, portanto, não é por eles constituída, cabendo à Constituição, ao Estado e ao Direito apenas reconhecê-la, protegê-la e promovê-la, pois, ao fim e ao cabo, estarão tutelando a mesma dignidade da pessoa humana.

Isso implica dizer duas coisas: primeiro, que existe uma supraconstitucionalidade que orienta a Constituição, o Estado e o Direito; e, segundo, que os agentes do poder e da vontade estatal não são inteiramente livres para legislar, administrar e julgar, porque a pessoa humana e sua dignidade imanente, no que se insere a solidariedade, exigem atuação a seu serviço, configurando esse o critério de toda atuação do poder.

Somos conscientes de que há teses que advogam posições contrárias. Aliás, a maioria delas; que veem o fenômeno constitucional, a Constituição e o próprio Direito Constitucional de outra forma, de modo a rechaçar qualquer ideia de algo acima da Constituição (uma supralegalidade) como apto a produzir normas e a servir de critério de validade para a própria normatividade estatal.

Dentre as teses que rechaçam nossa ideia, podemos destacar as concepções estaduais, segundo as quais só o Estado pode produzir normas constitucionais. Segundo esse pensamento, o Direito Constitucional está na dependência do Estado. Só ele foi habilitado à internalização de certos setores típicos da normatividade constitucional,

pelos blocos econômicos, como uma projeção supraestatal, o que, salvo melhor juízo, já seria, por si só, apto colocar em questão o protótipo típico do Estado clássico e a defesa de sua exclusividade na produção de normas constitucionais, o suficiente para instigar uma reflexão e busca de outro método de Estudo do Direito Constitucional, como acentua Paulo Otero.⁹⁴³

Há os que, segundo uma concepção estadual como ideologia, compreendem que o estudo do Direito Constitucional nunca é neutro axiologicamente, sendo invariavelmente impregnado de pré-conceitos. É consecutivamente permeado pela ideologia eleita. Isso porque o próprio Direito Constitucional é sempre comprometido pela ideologia que objetiva consagrar, pela qual passam as opções primárias da sociedade.

Outra corrente doutrinária busca enfatizar a força normativa da Constituição. Os que advogam essa tese compreendem a Constituição como uma norma (regras e princípios vinculantes), uma expressão jurídico-formal da vontade de um decisor habilitado, à moda rousseauiana, alimentando o mito da legalidade positiva e da norma escrita, ideia que permite alicerçar a tese da superioridade hierárquico-formal da Constituição na conjuntura de norma jurídico-positiva estatal, assim como entender e aceitar que suas normas, ainda que hierarquicamente superiores, possam assumir qualquer conteúdo. A força normativa da Constituição, ao paradigma liberal de lei, assume uma feição divina, inquebrantável, uma prevalência ordenadora e conformadora da realidade social e política, tenha a norma constitucional o conteúdo que tiver (ainda que ela ordenar um *bem comum* que, camuflado de interesse público, não centrado na pessoa humana).

Entretanto, a partir do momento em que identificamos na pessoa humana e sua dignidade inalienável aquilo que a Constituição visa essencialmente a proteger, não podemos aceitar como corretas as concepções estaduais, ideológicas e normativas acima sinteticamente examinadas.

Tocante às concepções estaduais, num modelo que visa essencialmente à proteção do ser humano e sua dignidade, o Estado não goza de um poder ilimitado para definir a normatividade constitucional, eis que necessariamente vinculado a um conjunto de princípios fundamentais suprapositivados que, fundados que estão numa *Consciência Jurídica-Geral*, necessariamente a serviço de uma ordem justa e comprometida com a dignidade da pessoa, não lhe é disponível violá-la e, por conseguinte, violar o dever de

⁹⁴³ OTERO, Paulo, in *Instituições Políticas e Constitucionais*. Vol. I. Almedina: Coimbra, 2007, p.15.

solidariedade que dela imediatamente decorre. Sua violação pelo próprio Estado gera a invalidade da norma por ele formalmente ditada, do que decorre a ilegitimidade do poder constituinte do Estado, se assim for.⁹⁴⁴

Demais disso, sequer a própria normatividade da Constituição se esgota em suas fontes formais, aquelas geradas pelo aparelho institucional do Estado ao lado do poder constituinte formal. A história registra sempre um poder constituinte *informal*, como bem destaca Paulo Otero⁹⁴⁵, consistente no anônimo e silencioso, porém, sumamente eficaz, que vai moldando a vivência explicativa das próprias normas constitucionais produzidas pelo próprio Estado como ocorre, por exemplo, por meio de interpretações de Cortes Constitucionais.⁹⁴⁶

Além disso, o mesmo autor enfatiza outro argumento irrefutável: a progressiva internalização de certos setores de matéria com imperatividade advinda de parte da comunidade internacional, como produto da globalização, o que nos leva à conclusão que a Constituição já não é uma realidade exclusivamente estatal, ao que se agrega, ainda, as integrações econômicas e políticas em espaços supranacionais, permitindo-nos falar de uma interconstitucionalidade, o que não nos permite deixar de reconhecer que o Estado, não obstante, ainda seja e deve permanecer sendo o referencial típico de elaboração científica.⁹⁴⁷

Já a compreensão da Constituição como norma e sua força normativa, em cuja defesa Konrad Hesse⁹⁴⁸ (1919-205) é um dos expoentes, afigura-se insuficiente ou,

⁹⁴⁴ BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, p.41 e s.

⁹⁴⁵ OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*. Vol. I. Almedina: Coimbra, 2007, p.19.

⁹⁴⁶ Um bom exemplo disso se extrai, no Brasil, do voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal Luis Roberto Barroso - a despeito da proteção constitucional de tutela da vida humana, incluída no catálogo dos direitos fundamentais, consoante artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, que vai normatizado, no que respeita ao nascituro, com a criminalização do aborto, no artigo 122 do Código Penal - ter promovido parcial derrotabilidade do tipo penal, afirmando que o aborto não constitui crime, se praticado nos primeiros 90 dias de gestão, voto fundamentado na liberdade individual. Para maiores aprofundamentos, remetemos o leitor para a página do STF (www.stf.jus.br, devendo procurar o HC 124.306).

⁹⁴⁷ OTERO, Paulo, in *Instituições Políticas e Constitucionais*. Vol. I. Almedina: Coimbra, 2007, p.20.

⁹⁴⁸ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991, pp. 7-20. Na obra, o Constitucionalista alemão se coloca em oposição a Ferdinand Lassale. Nela, o autor se empenha em demonstrar que não se pode infirmar uma derrota da Constituição, quando a colocamos em oposição aos fatos reais de poder preconizados por Lassale, como sua essência. Para Konrad Hesse, existem intenções que podem ser realizadas e permitem assegurar a força normativa da Constituição, mesmo que a submetemos a confrontos como os fatores reais de poder identificados pelo Professor Francês, conquanto haja o que Hesse chamou de “Vontade de Constituição”, sem desprezar o significado de fatores históricos, políticos e sociais, para a eficácia de sua força normativa. Essa vontade, na visão de Konrad Hesse, se funda na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa resistente, que proteja o Estado contra a ingerência de vontades descontroladas e desproporcionais, de modo que a força do poder não seja superior à força das normas jurídicas. Daí preconizar que a Constituição tem uma força normativa vinculante do poder e com significado próprio e jurídico que não apenas o poder e as forças reais que a ele subjazem. E a Constituição somente se afirma como uma força

como nas palavras de Paulo Otero⁹⁴⁹, reducionista, dado que a norma jurídica em geral, e a norma constitucional em especial, não se circunscrevem ou não se reduzem a normas escritas e integrantes da legalidade jurídico-positiva; logo, tais normas não escritas não são e nem perdem seu caráter normativo e, no que respeita ao seu conteúdo, ainda são vinculadas à dignidade da pessoa humana que lhes serve de critério de validade.⁹⁵⁰

Esta concepção normativista e reducionista da Constituição, entre outras questões, não explica, por exemplo, o costume internacional, apto, apto a alterar a realidade constitucional. Além disso, como amparo na lição de Ferdinand Lassale⁹⁵¹, a força normativa de uma Constituição não é suficiente para evitar rupturas, nem de impedir eclosões revolucionárias, via, aliás, por meio da qual, muitas Constituições surgiram. Além disso, a simples existência de um texto constitucional escrito está muito longe de constituir a garantia de que seja cumprida pelos titulares do poder, tampouco que ela sirva para impedir os mais gritantes atentados à dignidade da pessoa humana. Nesse aspecto, uma vez mais, nos reportamos, uma vez mais, na América do Sul, aos casos de Cuba e da Venezuela; à Constituição de Weimar, que em nada impediu o nazismo; à Constituição Soviética e a Constituição Iugoslava que se mostraram verdadeiramente inúteis frente ao genocídio e às demais atrocidades praticadas pelo poder de Stalin e de Milosevitch, Constituições formais escritas tão efêmeras da tutela jurídico-constitucional da dignidade da pessoa humana.

Tudo isso só pode conduzir a uma conclusão: a força normativa de uma Constituição jurídico-positiva formal não nos dá garantia concreta da tutela efetiva da pessoa humana e de sua dignidade; logo, jamais podemos fechar os nossos olhos ao conteúdo dessas normas, porque é aí que radica o seu critério de validade (e não apenas aspectos formais e procedimentais): a pessoa humana e sua dignidade inalienável, da qual decorre imediatamente também a solidariedade, realizadora do *bem comum*, e de onde deriva uma deverosidade fundamental que não depende de constituição, mas de reconhecimento, proteção e promoção num Estado democrático de Direito.

normativa quando, proporcionalmente, ela realiza o seu objetivo de eficácia. Nela está contida a ideia de limites. A norma Constitucional somente poderá ser eficaz, dotada de poder e prestígio, se for determinada pelo princípio da necessidade. Portanto, sua força vital e eficácia vinculam as forças espontâneas e as tendências dominantes de seu tempo.

⁹⁴⁹ OTERO, Paulo, in *Instituições Políticas e Constitucionais*. Vol. I. Almedina: Coimbra, 2007, p.21.

⁹⁵⁰ FREITAS, Juarez, in *A Substancial Inconstitucionalidade da Lei Injusta*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1989, pp.18 e s.

⁹⁵¹ LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, pp.25 e s.

Em outras palavras, a emanção estatal de normas, a partir da Constituição, deve estar em conformidade, em seu conteúdo, com os postulados de justiça - em todas as suas formas de expressão, das quais, numa leitura sob o viés de igualdade substancial, é a solidariedade -, cuja ordenação se acha baseada ou, se preferir, encontra seu fundamento último na dignidade da pessoa humana e a serviço dela como destaca Paulo Otero⁹⁵², é dizer, de cada pessoa viva e concreta, segundo resultam da *Consciência Jurídica Concreta*, pena de manifesta inconstitucionalidade, forçando a reconhecer, como enfatiza o mestre português, que absoluta não é a Constituição, tampouco a sua força normativa das normas escritas que integram o seu texto: absoluto é que sua materialização normativa releve uma ordem justa a serviço da pessoa humana e de sua inalienável dignidade.

Merecem, igualmente, críticas, as posturas que preconizam percepções ideológicas da Constituição como sendo invariavelmente a expressão de uma determinada ideologia, refletindo imposições de determinadas classes ou grupos que, detentores do poder, nele incorporem e imponham sua ideologia a toda a sociedade.

Sob essa ótica, a Constituição será, ideologicamente, o que o poder quer que ela seja, compreensão que encontrou receptividade em correntes marxistas em torno do fenômeno constitucional, segundo uma visão histórica de sociedade sob o enfoque da dominação e da luta de classes, como vimos anteriormente. Tal visão marxista se projetou nas Constituições ocidentais como *expressões dos interesses da classe burguesa* que, na via constitucional, teria criado para si uma sociedade segundo a sua própria feição, conforme o seu próprio retrato, em busca de proveito próprio, em seu benefício e para sua conveniência.

Não temos a ingenuidade de desconhecer que cada Constituição carrega, sim, em boa medida, seja por ação, seja por omissão, em sua normatividade escrita (e mesmo em sua interpretação), um perfil ideológico, seja ele ou não pluralista, conforme reconhecer ou não um espaço de liberdade política e de acesso das forças políticas ao poder. Não há postura nem texto que não carregue em si uma carga ideológica.

Nessa linha de raciocínio, adverte Paulo Otero⁹⁵³, não se pode cogitar que apenas a Constituição seja portadora de uma expressa ideologia, porque “*todas as normas jurídicas que não tenham conteúdo meramente técnico, regulamentar, ou remissivo, têm sempre consigo uma determinada carga ideológica, exprimindo determinados valores*

⁹⁵² OTERO, Paulo, in *Instituições Políticas e Constitucionais*. Vol. I. Almedina: Coimbra, 2007, p.22.

⁹⁵³ OTERO, Paulo, in *Instituições Políticas e Constitucionais*. Vol. I. Almedina: Coimbra, 2007, p.24.

ou posturas de princípios sobre a respectiva realidade material”, o que permite ao autor concluir que “*quanto maior for a proximidade ou o comprometimento entre uma norma e os valores da justiça, da segurança e da liberdade, maior será correlativamente, a sua componente ideológica*”, acabando por fazer da própria ideologia o elemento essencial de compreensão da Constituição, que longe está de poder ser entendida como a essência ou seu fundamento último do fenômeno constitucional.

O que se depreende em comum dessas posturas estaduais, ideológicas ou defensivas da força normativa da Constituição é que todas elas entendem que só o Estado pode produzir formas constitucionais e que nada pode ser entendido como anterior ou assumir precedência em relação ao Estado e à Constituição, seguindo uma postura nomeadamente *positivista* que se projetou em larga escala no sistema normativo jurídico-constitucional, especialmente pelos desenvolvimentos doutrinários de Hans Kelsen e o positivismo jurídico por ele proposto.⁹⁵⁴

A exemplo do que antes dissemos que a expressão “pessoa” é um substantivo e que “humana” era um adjetivo, um atributo da pessoa que conferia a ela todos os predicados da humanidade, aqui podemos também dizer que na expressão “Direito Positivo”, a palavra Direito designa um substantivo adjetivado de “Positivo”, compreendido como Direito posto. Um direito dado.

O adjetivo, porém, decorre antes do “Positivismo” que, dentro de uma proposta de situar a pessoa humana como centro do fenômeno constitucional, do Constitucionalismo, do Direito Constitucional, do Estado e do próprio Direito, merece uma abordagem adequada.

O Positivismo, antes de tudo, expressa uma Teoria do Conhecimento. É expressão utilizada para designar a crença de uma relação pura e desinteressada com o objeto do conhecimento; uma relação que não é mediada nem governada por quaisquer interesses vitais do sujeito. O Positivismo centra o conhecimento no objeto em si. Representa uma continuação da tradição empirista de conceituação da relação sujeito e objeto do conhecimento, com ênfase e primazia no objeto, de dados puros, é dizer, diretamente oriundos do objeto, de inspiração empirista, tal como defendeu David Hume (empatia)

⁹⁵⁴ O *Círculo de Viena* constitui uma corrente filosófica do Século XIX, caracterizada pelo desenvolvimento da Filosofia Positivista, cuja maior característica se pauta pela defesa da apropriação do conhecimento exclusivamente por meio da experiência e da observação. Essa concepção dominou os conteúdos desenvolvidos no “*Círculo de Viena*”, enquanto fundante do Positivismo, inclusive do Positivismo Jurídico e sua enorme projeção até os dias atuais sobre a Epistemologia do Direito, na sua proposta que intenta libertar toda ciência de valores e critérios que não possam ser comprovados pela experiência, pois isso era compreendido como o que separava o científico daquilo que científico não era.

ao sustentar que o único fundamento sólido que podemos dar à ciência tem que residir na experiência e na observação, postura que rechaça o conhecimento “*a priori*”, com arrimo na Razão Pura (autoevidente), defendido por Immanuel Kant.

Essa corrente de pensamento teve especial expressão, em termos filosóficos, no pensamento do Século XIX, especialmente nos desenvolvimentos de Auguste Comte⁹⁵⁵ (1798-1857), ao qual anteriormente nos referimos, que pregava uma crença absoluta na ciência como processo de aprofundamento da racionalidade e do conhecimento capaz de orientar para o desenvolvimento pleno da humanidade.

O Positivismo em exame constitui exatamente uma das vertentes ou formas de enxergar a relação entre o sujeito e o objeto do conhecimento, sendo justamente aquela que enfatiza a primazia do objeto na produção do conhecimento científico que resulta, à sua vez, nessa perspectiva da confiança em uma observação não interpretada da realidade, porquanto só esse tipo de observação constitui uma base válida do procedimento de avaliação e justificação das hipóteses científicas, na medida em que produzem observações da realidade tal como ela é.

A postura Positivista preconizava que observações não interpretadas equivalem a um acesso imediato ao conhecimento, isto é, à realidade em si mesma, independente de quaisquer óculos, lentes ou interpretações do sujeito conhecente, é dizer, sem a mediação de qualquer esquema interpretativo. “*Os Positivistas acreditam que se deve trabalhar com uma concepção correspondista da verdade, ou da validade cognitiva de hipóteses e teorias justificadas pelas observações imediatas da realidade*”, salientam Antônio Frederico Saturnino Braga e Roberto Saturnino Braga.⁹⁵⁶

Disso decorre que, para fazer uma avaliação, na visão Positivista, deve-se recorrer a observações não interpretadas, sem óculos, sem lentes, tomadas como indícios válidos dessa correspondência. O objeto do conhecimento, assim, será sempre o mesmo, independente do sujeito conhecente.

Nesse paradigma lógico, as observações não interpretadas se expressam no quando de um simples *procedimento*, em que descabe ao sujeito do conhecimento agregar qualquer valor pessoal no processo de observação, porque, pela primazia concedida ao

⁹⁵⁵ Conhecido como o autor da máxima segundo a qual “*tudo é relativo, eis o único princípio absoluto*”. Auguste Comte também foi aquele que desenvolveu a teoria dos três Estados, quais sejam, o Estado teológico, o Estado metafísico e o Estado positivo, numa ordem que, no pensamento de Comte, se desenvolve de modo crescente, desde o mais primitivo até o mais sofisticado (o Positivo). Nessa concepção, ele vai buscar uma Filosofia Positivista, ideia fundante do Positivismo, inclusive do Positivismo Jurídico, com base exatamente na observação.

⁹⁵⁶ SATURNINO BRAGA, Antônio Frederico; SATURNINO BRAGA, Roberto, in ***Positivismo e Construtivismo***. Contraponto: Rio de Janeiro, 2014, p.101.

objeto, este é tomado como uma realidade totalmente independente das ideias que os homens têm sobre ela, porquanto prega que o conhecimento somente se mostra científico se constituído de observações puras e neutras, depuradas de todo componente interpretativo de caráter meramente cultural. O sujeito (o cientista), nesse entendimento, adotando uma postura de mero observador, isento, neutro, de um objeto externo e independente, sempre reproduz esse mesmo objeto segundo descrições neutras e exatas.

Quando o objeto é social, é dizer, quando o objeto da investigação científica for pessoas humanas, relações e interações humanas, grupos humanos e sociedades, o ideal Positivista ainda assim exige um observador neutro, que, acriticamente, projete o interesse em termos de previsão e controle em características do próprio objeto. Só assim, na acepção Positivista centrada na essência do objeto, o conhecimento pode ser reconhecido como científico e dotado de previsão e controle, ou seja, de regularidade e leis de caráter geral, o que produz, naturalmente, uma desvalorização de um espaço reflexivo e de diálogo, que são próprios da consciência e da comunicação humana, pois não admite nenhum espaço que se abra à emergência de variações, de novas ideias, de novos modos de pensar, como de novos padrões de comportamento.

Antônio Frederico Saturnino Braga e Roberto Saturnino Braga⁹⁵⁷ explicam que “o cientista positivista não nega que os homens que ele investiga produzem certo tipo de conhecimento sobre o mundo em que vivem, e que eles usam esse conhecimento nas questões e decisões que têm de enfrentar em suas vidas. Mas ele estabelece uma distinção radical e essencial entre o conhecimento que ele (cientista) produz, e o conhecimento ‘ingênuo’ que os homens investigados usam cotidianamente em suas vidas. Ele trata esse conhecimento ingênuo como algo que está de algum modo subordinado a condições, estruturas e processos de caráter ‘objetivo’, independentes da consciência e influentes na sua formação.”

Sustentam ainda os referidos autores, que, “para o cientista positivista, o objeto da ciência social são esses processos e estruturas subjacentes e condicionantes dos fenômenos derivados que aparecem no nível de consciência, comunicação e diálogo dos investigados. Ele pretende ter acesso a esses processos e estruturas; ele assume a postura de observador privilegiado desses elementos ‘objetivos’; seu ideal é revelar

⁹⁵⁷ SATURNINO BRAGA, Antônio Frederico; SATURNINO BRAGA, Roberto, in *Positivismo e Construtivismo*. Contraponto: Rio de Janeiro, 2014, p.109.

tais elementos por meio de descrições ‘científicas’, ou seja, metódicas, neutras, exatas”.⁹⁵⁸

É assim que na seara de aplicação das ciências sociais positivistas, a postura descritiva do observador privilegiado associa-se à postura manipuladora de quem pretende saber como usar e como dirigir os modos de pensar e de decidir próprios das tais ‘consciências ingênuas’.

Sob esse influxo, segundo concebido no chamado “Círculo de Viena”⁹⁵⁹, o Positivismo irá se projetar de uma forma específica e contundente sobre o Direito, sobre o problema de suas fontes, segundo sua forma de ver o mundo, de compreender o conhecimento, a Ciência, o Estado, do Direito e da própria Filosofia do Direito.

A Filosofia é o estudo dos princípios fundamentais. Já o Direito tem por objeto o sistema de normas e de relações sociais. Portanto, a Filosofia do Direito implica o estudo dos princípios fundamentais que regem as normas e as relações sociais.

Por princípios, deve-se compreender a essência do objeto, âmago, aquilo sem o que o objeto do conhecimento deixa de ser o que ele é, considerado, por isso, o que é indissociável, a coisa em si. Essa essência do objeto é, portanto, imutável e estática (tal como anteriormente referimos por ocasião de abordarmos o pensamento de Parmênides de Eléia, cujo entendimento afirmava que toda ideia de movimento era nada mais que ilusão, preconizando a unidade e a inamovibilidade do ser). O próprio termo “fundamental” remete à noção de fonte primária, de propriedade básica, de algo que sustenta toda a estrutura sobre a qual se acha edificado determinado objeto.

O Positivismo Jurídico irá reduzir todo o Direito ao Direito posto, separando o sujeito conhecente do objeto investigado, com primazia neste, independente de valorações do sujeito que analisa, investiga interpreta, segundo uma forma de observação isenta e neutra do objeto, deduzindo a cientificidade da realidade observada em si. O Positivismo Jurídico pode ser definido como aquela doutrina segundo a qual não existe outro Direito senão o Direito Positivo, emanado de uma autoridade estatal.

O Positivismo Jurídico, em sua inspiração científica, que procura retirar uma ordem jurídica a partir de uma natureza racional e científica, irá buscar *as fontes do Direito* a partir do seu conceito (o objeto da investigação em si). Sim, pois é justamente o

⁹⁵⁸ SATURNINO BRAGA, Antônio Frederico; SATURNINO BRAGA, Roberto, in *Positivismo e Construtivismo*. Contraponto: Rio de Janeiro, 2014, p.110.

⁹⁵⁹ Ao qual nos referimos em páginas anteriores, onde Hans Kelsen ocupou lugar de destaque.

conceito que se tem do Direito o que irá permitir que se faça a distinção do que é jurídico daquilo que não é, isto é, qualificar as normas como *jurídicas*.⁹⁶⁰

É também a concepção do Direito, como observa Riccardo Guastini⁹⁶¹, que permitirá identificar o significado de *validade* (o que é Direito válido?), pois “*toda concepção do direito corresponde a um conceito diferente de validade*”.

Porém, conforme destaca o mesmo autor, “*na história do pensamento jurídico moderno, a locução ‘positivismo jurídico’ foi e é usada para distinguir uma multiplicidade de concepções do direito um tanto diversas entre si*”⁹⁶². Logo, quando se quer falar das fontes do Direito na perspectiva positivista, primeiramente é preciso definir de que Positivismo Jurídico estamos falando ou a qual Positivismo Jurídico nos referimos.

O Positivismo Jurídico caracteriza-se, desde logo, por constituir uma oposição ao *jusnaturalismo* em suas várias conformações que, aliás, são muitas, mas analisá-las individualmente está fora de nossa proposta investigatória neste comentário. Contudo, para compreender o próprio Positivismo Jurídico, e mesmo o seu contraponto Construtivista (do qual falaremos oportunamente), parece-nos oportuno ao menos destacar, das várias expressões do *jusnaturalismo*, aquelas características que, conforme ensina Riccardo Guastini⁹⁶³, podem lhes ser afirmadas como comuns, quais sejam: a) as normas jurídicas não são simples fatos, mas valores, de sorte que tomar conhecimento de uma norma jurídica é, ao mesmo tempo, aprová-la, aceitá-la, como guia de comportamento, devendo-se a ela obediência; b) as normas jurídicas não dependem de atos concretos de vontade humana; elas estão dadas pela natureza (natureza do homem ou das coisas), como valores que antecedem a todos os atos normativos humanos e deles independem; e, c) conhecer a natureza é conhecer não somente os fatos, mas, também, as normas, é dizer, valores. Logo, segundo os postulados *jusnaturalistas*, existem normas que podem ser deduzidas do simples conhecimento e a elas devemos obediência.

Em contraponto ao *Construtivismo*, teoria do conhecimento que, nesse processo confere primazia ao sujeito, o Positivismo Jurídico irá romper com as posturas acima, para sustentar, modo sintetizado, as seguintes ideias: a) as normas jurídicas são simples

⁹⁶⁰ CICCIO, Cláudio, in *A História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp.19 e s.

⁹⁶¹ In *Das Fontes às Normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p.348.

⁹⁶² GUASTINI, Riccardo, in *Das Fontes às Normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p.348.

⁹⁶³ In *Das Fontes às Normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p.350.

fatos, é dizer, não são valores; os fatos, por evidente, exigem obediência. É possível tomar-se conhecimento de uma norma jurídica sem aprová-la, aceitá-la como guia de comportamento; b) não há normas jurídicas *a priori*, dadas pela natureza. Elas dependem do uso da linguagem e, portanto, somente podem ser produzidas por *atos linguísticos normativos*, isto é, por atos de vontade. Não há comando sem que haja alguém que o ordene; e, c) conhecer a natureza é conhecer fatos, e não valores. Logo, dela não é possível extrair normas do conhecimento.

Feitas essas considerações introdutórias, podemos, de um modo geral, definir o Positivismo Jurídico como uma doutrina do Direito que considera que somente é Direito aquilo que é posto pelo Estado. Daí a identificação do *Direito* com o próprio Estado, de onde provém, no ideário positivista, toda a emanção jurídica. Seu postulado básico reside na crença de que o Direito afigura-se uma produção da ação e da vontade humanas, já não mais constituindo, como fora até então compreendido, como uma imposição divina, uma imposição da natureza ou da razão, como afirma o *jusnaturalismo*.

O Positivismo Jurídico defende, assim, uma concepção monista, ao identificar o Direito com o Estado, apontado este último como o detentor exclusivo do monopólio da produção normativa. *Formalismo* e *imperativismo* são características do monismo jurídico estatal. “*Entendido o Estado em termos de organização política como uma ordem jurídica dotada de coerção*”⁹⁶⁴ e considerando que o Estado tem o monopólio do uso da força, é a sua vontade, traduzida no Direito posto, que goza de coercibilidade.

Direito, nessa perspectiva, se reconduz ao mero comando daquele que detém o monopólio de sua produção e despreza considerações de conteúdo e fins. Qualquer conteúdo, portanto, desde que o Estado queira, pela vontade da maioria, pode se converter, em tese, em Direito válido, sendo irrelevante ao seu conceito ou a sua definição a sua finalidade.

Essas ideias poderiam ser sintetizadas, segundo anota Paulo Otero, na seguinte proposição: “*o Estado é o Direito (isto é, o Direito positivo) e o Direito é o Estado, enquanto conjunto de normas dotadas de coercibilidade e emanadas das estruturas decisórias dos poderes titulares de competência nos termos da Constituição*”⁹⁶⁵, compreendendo, nessa perspectiva, a definição de que o Estado, como poder, não é mais

⁹⁶⁴ OTERO, Paulo, in *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. Volume I, 2º Tomo, Lisboa: Pedro Ferreira Ed., 1999, p.15.

⁹⁶⁵ In *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. Volume I, 2º Tomo, Lisboa: Pedro Ferreira Ed., 1999, p.16.

do que a positividade do Direito que dele próprio provém e ele mesmo garante, por meio de seu aparelho coercitivo, o que demonstra verdadeira superação de um dualismo entre Estado e Direito. Nesse quadro, sustentar a solidariedade como uma deverosidade natural, decorrente da razão humana, imediatamente resultante da dignidade humana imanente, precedendo o Direito, o Estado e a Constituição nada mais configuraria senão uma heresia científica.

O Positivismo Jurídico parte da concepção, em última instância, de que, com a formação do Estado Moderno, neste se enfeixaram todos os poderes, dentre os quais, também o poder exclusivo de criar ou ditar o Direito, que Norberto Bobbio⁹⁶⁶, um dos defensores dessa teoria, define como sendo *"um conjunto de regras que são consideradas (ou sentidas) como obrigatórias em uma determinada sociedade, porque sua violação dará, provavelmente, lugar à intervenção de um 'terceiro' (magistrado ou eventualmente árbitro) que dirimirá a controvérsia emanando uma decisão seguida de uma sanção ao que violou a norma"*.

Entretanto, o Positivismo Jurídico, adverte Riccardo Guastini⁹⁶⁷, não é uma doutrina *unitária*. Ele se apresenta com várias conformações que podem, para simplificar o seu estudo, ser sintetizadas em três versões, cada uma delas contendo características relevantes no que concerne à criação estatal do Direito, seu conceito, sua validade e sua eficácia.

Tomemos, em primeiro lugar, aquele que a doutrina convencionou chamar de *Positivismo Jurídico científico*. Ele propõe uma abordagem científica do Direito, pressupondo uma delimitação do objeto da Ciência Jurídica e, como tal, uma distinção absoluta entre a linguagem da ciência e a linguagem da moral.

O *Positivismo Jurídico científico* procede, assim, uma clara diferenciação entre o Direito real e o Direito ideal ou, se preferir, entre o Direito Positivo (existente) e o Direito imaginado ou desejado. Sob a ótica do *Positivismo Jurídico científico*, somente o Direito Positivo é suscetível de conhecimento e, por essa razão, somente as normas postas pelo Estado podem constituir o objeto apropriado da Ciência Jurídica; ele recomenda à Ciência Jurídica assumir, em face do Direito Positivo, uma postura de *neutralidade* e pretensão à completude, é dizer, de não valoração do Sujeito, aos moldes do próprio pensamento positivista acima destacado.

⁹⁶⁶ In *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia*. São Paulo: Editora Ícone, 2006, p.27.

⁹⁶⁷ In *Das Fontes às Normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p.352.

Por essa professada neutralidade, a tarefa da Ciência Jurídica é tida apenas como a de descrever o Direito existente, e não a de valorá-lo. Por isso, sua linguagem deve ser meramente *descritiva* (o ser da norma), ao contrário da Moral, cuja linguagem é *prescritiva* (o dever-ser da norma).

O *Positivismo Jurídico científico* se apresenta sob duas diferentes vertentes: a do *normativismo* e a do *realismo*. Examinemos, brevemente, o que pensa cada uma dessas produções normativas.

A primeira variante do Positivismo Jurídico Científico é, ao mesmo tempo, uma Teoria do Direito e uma Teoria da Ciência Jurídica. Segundo os postulados *normativistas*, o *Direito se define por um conjunto de normas, aquelas que foram ditadas pelo legislador, isto é, por uma autoridade normativa*. A Ciência Jurídica é, pelo tanto, o conhecimento de normas e o seu objeto é constituído pelas normas do Direito Positivo, sendo a sua tarefa circunscrita à descrição das normas (o ser da norma, o que ela, enquanto objeto do conhecimento, em realidade é).

Típica do *normativismo* é a doutrina de Hans Kelsen⁹⁶⁸. Com efeito, no quadro dos partidários do *Positivismo Jurídico*, destaca-se o Filósofo Austríaco em testilha⁹⁶⁹, que o elevou ao seu mais alto expoente. A Filosofia do Direito, desde as primeiras décadas do século XX tornou-se, forçosamente, tributária de seu pensamento.

Hans Kelsen, em seus desenvolvimentos teóricos, intentou desenvolver uma Teoria Jurídica Pura, dela retirando todos os elementos ideológicos, políticos e do Direito Natural, preconizando a impossibilidade de se caracterizar uma ordem como especificamente jurídica, se esta não fosse depurada de quaisquer considerações de ordem valorativa.

Essa Ciência Jurídica seria uma ciência pura, porque estaria tão somente preocupada com o universo normativo, é dizer, o cientista do Direito deveria se ocupar exclusivamente com a lei, porquanto o objeto dessa ciência se reduziria à legalidade estrita (lei). Informada, necessariamente, por uma completa neutralidade axiológica, a Ciência do Direito teria, ainda, pretensões à segurança (previsibilidade) e à completude (constituindo um sistema essencialmente neutro, completo, fechado, autorreferencial e oniciente).

Sob o influxo da racionalidade cartesiana, o pensamento kelseniano pretendeu construir um conceito de Direito apto a servir a um mundo calculável, previsível e certo.

⁹⁶⁸ COELHO, Fábio Ulhoa, in *Para Entender Kelsen*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, pp.11 e s.

⁹⁶⁹ In *Teoria Geral das Normas*. Tradução de Jose Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986, p.345.

Seu intuito era o de garantir a segurança nas relações sociais por um conceito de Direito perfeitamente delimitado em relação à Moral, à Justiça, à Política, resguardando-o das ameaças representadas pelo pluralismo axiológico e, muito especialmente, ao menos confessadamente, garanti-lo do arbítrio estatal.

Ora, se a produção do Direito era monopólio do Estado, se o jurídico fosse identificado, como adverte Luiz Fernando Barzotto⁹⁷⁰, por recurso à ação daqueles que detinham o aparato de coerção, corria-se o risco de se assumir como jurídico tudo o que emanasse do poder, tornando-se, assim, os homens presas de uma força imprevisível, do arbítrio do Estado.

Adepto do *formalismo* kantiano, muito embora fosse um empirista por excelência, o Jusfilósofo Hans Kelsen acreditava que cada ciência deve ser constituída de um todo metodologicamente unitário; que o objeto de cada ciência é determinado, antes de mais nada, pelo seu método, é dizer, pelo seu modo de observá-la e de compreendê-la, pois o elemento central da ciência é o método (sua forma de produção) e não o objeto (conteúdo).

Em outras palavras, o método científico gera o objeto da ciência e, por conseguinte, determina as suas fronteiras, além das quais ela não está em condições de formular quaisquer indagações tampouco de dar respostas.

Nessa ambiência, a Ciência Jurídica, se quiser se afirmar como tal, isto é, como ciência, e alcançar a sua pureza (o que ela é), deve ser compreendida a partir do método de sua produção e, para tanto, precisa expurgar do Direito tudo aquilo que, mesmo que mantenha com ele alguma conexão, não o integra. Direito é o que nada, exceto ele mesmo, pode ser.

Seguindo essa linha de ideias, o Direito é uma ordem normativa que se traduz como o *ser* do Direito. Daquilo que ele *deve ser*, o cientista jurídico não deve se ocupar. Para conhecer o seu objeto, importa tão somente indagar o que é e como é o Direito, não interessando saber como ele deve ser. *A valoração ética ou de justiça, portanto, não é função da Ciência Jurídica*, e o material empírico sobre o qual o método deve ser aplicado é, segundo o Jusfilósofo, o Direito Positivo e nada além dele. Como a Teoria Pura do Direito tem por objeto a normatividade, e não a realidade, as noções de valor e de realidade, bem como as percepções pessoais e preconceitos do sujeito, são completamente excluídas do mundo jurídico.

⁹⁷⁰ In *O Positivismo Jurídico Contemporâneo*. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2003, p.138.

Hans Kelsen colocou as normas jurídicas ao lado das normas sociais que, a seu ver, possuem um caráter eminentemente Moral. Mas o Filósofo não é assente de que o Direito prescreva uma conduta externa e que a Moral, a seu turno, preceitue uma conduta interna. Em sua compreensão, ambas as ciências ordenam espécies de conduta. Contudo, aponta o autor, como de resto todos os positivistas, que *o distintivo entre as normas sociais e as normas jurídicas reside na coercibilidade*: este é o elemento distintivo entre Moral e Direito. A Moral não tem cogência; já o Direito a tem, pois é dotado de imperatividade e força coercitiva.

O mesmo vale relativamente à Justiça. “*Como todas as virtudes, também a virtude da justiça é uma qualidade moral; e, nessa medida, a justiça pertence ao domínio da moral*”⁹⁷¹, sustentou o autor. Por isso não compreende que as normas jurídicas possam ser apreciadas como boas ou más; justas ou injustas; certa ou erradas, válidas ou inválidas quanto ao seu conteúdo.

Conforme Hans Kelsen⁹⁷², “*o problema da justiça, enquanto problema valorativo, situa-se fora de uma teoria do direito que se limita à ideia do direito positivo como sendo a realidade jurídica*”. Ao seu modo de ver, a *justiça* absoluta, bem aos moldes platônicos, não é cognoscível pela razão humana, o que traz para o Filósofo Austríaco uma consequência: *o ideal de justiça absoluta é irracional* (ou subjetivo; cada um o pensa de um modo). Aliás, em Hans Kelsen, todas as escolhas formuladas a partir de valores padecem de razão, pois são subjetivas.

Miguel Reale⁹⁷³, em face das inúmeras críticas dirigidas ao Filósofo Austríaco, diante de sua postura, buscando defendê-lo, em especial pelo conjunto de sua obra e pelo que ela representou para o mundo do Direito, adverte, no entanto, que, se o Hans Kelsen, teórico do Direito, o separou da Justiça, o tema da Justiça sempre esteve muito presente no pensamento e nos desenvolvimentos teóricos do “Kelsen filósofo do Direito”. Tanto é assim que, na 2ª edição de sua *Teoria Pura do Direito*, Hans Kelsen fez questão de agregar um apêndice intitulado *Teoria da Justiça* que, por alguma razão desconhecida, não foi traduzido.⁹⁷⁴

⁹⁷¹ KELSSEN, Hans, in *O Problema da Justiça*. Tradução João Baptista Machado. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.3.

⁹⁷² In *O Problema da Justiça*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, VII.

⁹⁷³ *A Visão Integral do Direito em Kelsen*, in *Estudos de Filosofia do Direito*. Prado, Luis Régis; Karam, Munir (Coordenadores), São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, pp.29-30.

⁹⁷⁴ Nesse sentido, também Celso Lafer (in *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. 1ª impr. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p.14) afirma que a articulação metodológica fechada de uma Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen não significa para ele que a realidade metajurídica não seja extremamente

Hans Kelsen, portanto, se preocupava com a *justiça*; apenas não compreendia que ela integrasse o conceito de Direito, e Miguel Reale explica que isso ocorre no pensamento do Jusfilósofo Austríaco justamente porque, segundo o próprio modelo positivista, “*para Kelsen, não existe um justo absoluto, porque ele era relativista. Nós podemos até dizer que, no fundo, ele era cético. Não acreditava em valores absolutos. Ele acreditava apenas em valores predominantes, em certas épocas da história. Aquilo que de certa maneira eu chamo de constantes axiológicas ou em variantes axiológicas. Certos valores que, uma vez conquistados, dominam o horizonte da vida humana, como o valor da democracia, da tolerância, da liberdade...esses são valores, que se enfeixam na ideia de justiça à qual, para Kelsen, é relativa, compondo os domínios da ideologia, fruto da crença, e não de ciência...*”.⁹⁷⁵

Em sua análise sobre o problema da justiça em Kelsen, segue Miguel Reale: “*A justiça é, pois, segundo ele, um valor que varia de época para época, de lugar para lugar. Não obstante essa variação, o certo é que, ao surgir uma norma (...) não podemos esquecer que ela representa uma tentativa de ser direito justo. Não importa que eu não saiba o que é justiça. O importante é que eu lute por ela, tal como ela ideologicamente se constitui*”.⁹⁷⁶

Por essa compreensão, na proposição kelseniana de purificação do Direito, o instrumental que nele assume relevância não é a Justiça, mas a validade da norma. *Mutatis Mutandis*, assim como a verdade está para o conhecimento científico dos dados da experiência, a validade está para a Ciência Jurídica na visão de Hans Kelsen.⁹⁷⁷ Considerações de justiça ou injustiça, por conseguinte, não integram a Ciência Jurídica.

Haverá, segundo essa linha de entendimento, casos excepcionais, mas que, em última instância, ainda estarão sob a chancela estatal. Serão aqueles casos para os quais não existe uma norma reguladora posta, circunstância em que o *Positivismo Jurídico científico-normativista* defendido por Hans Kelsen admitirá que, para uma solução, se recorra aos *costumes* e aos *princípios gerais do Direito*, sempre *de forma residual e subsidiária*, como forma de colmatção de eventual lacuna, pois o Estado não pode se imiscuir de dar uma resposta estatal em face de uma falta ou vácuo de normatização.

complexa e desordenada, e que não tenha sido ele um defensor, no campo dos valores, da Política, da Democracia e do Pluralismo. Apenas o conceito de Direito abstraía qualquer juízo de valor.

⁹⁷⁵ *A Visão Integral do Direito em Kelsen*, in *Estudos de Filosofia do Direito*. Prado, Luis Régis; Karam, Munir (Coordenadores), São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p.29.

⁹⁷⁶ *A Visão Integral do Direito em Kelsen*, in *Estudos de Filosofia do Direito*. Prado, Luis Régis; Karam, Munir (Coordenadores), São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p.29.

⁹⁷⁷ REALE, Miguel, in *Introdução à Filosofia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.7 e s.

Em boa medida, os autores partidários do *Positivismo Jurídico científico-normativista* sustentam não haver uma relação necessária entre o Direito, a Moral e a Justiça, haja vista que, em sua percepção, as noções de Justiça e de Moral padecem de objetividade; são, ao revés, relativas, subjetivas, mutáveis no tempo e no espaço; além disso, são desprovidas de força política (coerção) para se imporem contra a vontade de quem cria as novas normas jurídicas.

A única relação entre Moral e Direito que Hans Kelsen⁹⁷⁸ admite é de forma, jamais de conteúdo. A validade de uma ordem jurídica positiva, bem por isso, independe de sua concordância com qualquer sistema moral, que, segundo o mesmo autor, é sempre relativo, eis que diferente ou cambiante em cada momento histórico, segundo cada sociedade política, cada comunidade, cada grupo, em cada época.

Assim, como observa o magistério de Luiz Fernando Barzotto⁹⁷⁹, analisando o *Positivismo Jurídico científico-normativista* segundo o pensamento de Hans Kelsen, “a validade de uma norma não está ligada, portanto, a uma conformidade com elementos de natureza ética ou metafísica, mas vincula-se a um procedimento específico de produção de normas...”. Disso deflui que o fundamento de validade de uma norma jurídica reside na sua correspondência com outra norma que lhe é superior. Se uma norma contrariar aquela da qual descende, será, então, inválida.

Como ensina Simone Goyard-Fabre⁹⁸⁰, as estruturas constitucionais do Estado moderno implicam a questão da hierarquia das normas, que “*só será denominada como tal, por H.Kelsen, na primeira metade do século XX. Não obstante, ela pertence à lógica imanente do poder que o racionalismo moderno vincula ao princípio da constitucionalidade*”.

Ainda de acordo com Simone Goyard-Fabre, tocante à hierarquia das normas, “*no Estado, o direito se desdobra, sob a constituição, em patamares sucessivos tais que, em cada um de seus respectivos níveis, as regras editadas são subordinadas às regras do nível superior e subordinam a elas as regras dos níveis inferiores. A coerência e a unidade do sistema do direito dependem dessa estrutura orgânica, simbolizada pela célebre imagem da ‘pirâmide jurídica’, na qual o procedimento hipotético-dedutivo encontra seu lugar por excelência. Mas a lógica constitucional não é apenas organizadora; é também criadora, de modo que o processo dedutivo significa que há no*

⁹⁷⁸ In *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1985, pp.63 e s.

⁹⁷⁹ In *O Positivismo Jurídico Contemporâneo*. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2003, p.39.

⁹⁸⁰ In *Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.106.

*Estado uma autogeração das normas do direito. Se esse esquema da criação do direito pelo direito, utilizado pela 'Stufenbautheorie' no começo do século XX, é levado à sua maior nitidez pela Teoria Pura do Direito de Kelsen, na qual, aliás, valendo para a ordem jurídica inteira, tem uma extensão que vai muito além da questão do direito político. É interessante vê-lo delinear-se, a partir do século XVIII, na obra de Seyès".*⁹⁸¹

O próprio Hans Kelsen explica, em sua *Teoria Geral do Direito e do Estado*⁹⁸², que “as normas do direito positivo são ‘válidas’, isto é, elas devem ser obedecidas, não porque elas são, como as leis do direito natural, derivadas da natureza, Deus ou a razão de um princípio do absolutamente bom, certo ou justo, de um valor absolutamente supremo ou norma fundamental que se revista da prestação de uma validade absoluta, mas meramente porque ela foi criada de uma certa maneira por uma certa pessoa”.

Mesmo aquela antes referida como *norma superior* se acha sujeita à mesma razão de validade. Cuida-se de um procedimento regressivo, em que a norma fundada segue a norma fundante até se chegar à Constituição histórica (*a primeira Constituição*) e, finalmente, a *grundnorm*.

É que o Jusfilósofo concebeu, inicialmente, uma *Teoria da Norma Fundamental*, radicada em uma primeira norma que não busca em nenhuma outra o seu fundamento de validade, isto é, que não depende de nenhuma outra que lhe seja superior e que, adiante, Hans Kelsen admitiu ser *pressuposta*, *ficta* ou *hipotética*, pois, se fosse posta, teria que sê-lo por alguma autoridade com competência normativa para ditá-la.

Ou seja, se a norma fundamental fosse uma norma positiva, a competência para instituí-la teria logicamente que ser fixada por outra norma superior e esta, então, seria a *norma fundamental*. Sem prejuízo de outras críticas, ao nosso modo de ver, se compreende interpretando e se interpreta compreendendo, não sendo possível afastar o sujeito na apropriação do conhecimento de um objeto (o que não significa pugnamos pelo divisionismo), mesmo discordando dessa teoria procedimental, nada nos convence que, na origem, na *grundnorm*, em seu fundamento, existe algo em nada divorciado da razão humana, da dignidade da pessoa humana (e, por dela imediatamente decorrente, a

⁹⁸¹ In *Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp.106-107.

⁹⁸² In *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990, p.384.

solidariedade) e, portanto, algo que precede a Constituição, que lhe é anterior, como anterior ao Estado e ao Direito a lhe servir de critério último de validade.

Afinal, se primeira norma (constitucional) que não busca em nenhuma outra o seu fundamento de validade, isto é, que não depende de nenhuma outra que lhe seja superior e que, em dado momento, Hans Kelsen admitiu ser *pressuposta*, *ficta* ou *hipotética*, não derivada de qualquer autoridade com competência normativa para ditá-la, então, onde radicaria o princípio fundante da Constituição e do Direito? Tal fundamento, como condição de procedibilidade da própria teoria, salvo melhor juízo, não repousa no Direito, nem na Constituição, tampouco na Filosofia do Direito, sendo-lhe algo necessariamente anterior e de mais valia no fenômeno constitucional.

Dito isso, ainda examinando a postura do aludido filósofo austríaco Hans Kelsen, ao buscar solucionar a questão do fundamento último da validade das normas jurídicas, segundo sua proposição quanto ao modo de produção normativa, este não tem nenhuma correlação com o conteúdo das normas; ainda, impõe-se não perder de vista que, na perspectiva kelseniana, *validade* equivale à própria *existência* específica das normas jurídicas: *a norma é válida porque ela existe*, significando que foi produzida em conformidade com o preconizado por outra norma de hierarquia superior autorizadora.

Logo, se o Jusfilósofo fosse questionado sobre a fundamentação e legitimação última do Direito, ele responderia que ela repousa na *norma fundamental pressuposta* que, muito embora desempenhe um papel unificador do sistema de normas kelseniano, evidentemente coloca em xeque a sua pretensão à pureza e de rigor metodológico, notadamente na sua proposta de retirar da Ciência Jurídica quaisquer juízos de valor - que são, para o Hans Kelsen, irracionais, porque baseados em fé e não na razão - como fundamento do Direito.

Mas se fosse questionado sobre a validade de uma norma, Hans Kelsen diria que se deve ao fato de ter sido produzida de acordo com a Constituição, ou, se quiser, com uma ordem retrospectiva que galga os degraus até a Constituição.

Por conseguinte, toda a verificação de validade de uma norma passa por uma recondução à *grundnorm* que, conforme Luiz Fernando Barzotto⁹⁸³, “*só pode ser considerada uma norma válida se for pressuposta uma norma que estabelece o dever de obedecer à constituição. Esta última é a norma fundamental*”.

Em que pese tenha recorrentemente gerado críticas ao pretenso rigor metodológico do positivismo kelseniano, a norma fundamental (não posta, ou seja, não positiva, mas

⁹⁸³ In *O Positivismo Jurídico Contemporâneo*. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2003, p.4.

meramente pensada e, ainda, desprovida, ela mesma, pelo que se depreende de coercibilidade) é por Hans Kelsen considera uma *norma jurídica*, na medida em que ela cumpre função de relevância jurídica: ela diz que devemos nos comportar de acordo com o que determina uma Constituição anterior, até alcançar a Constituição histórica primeira, e se afigura como uma condição lógico-transcendental de possibilidade do conhecimento jurídico, uma hipótese necessária a uma ciência do Direito de cariz positivista, sendo, ademais, imprescindível para fundar, ontologicamente, a validade do ordenamento jurídico.

A *grundnorm*, curiosamente, encarna uma autoridade fictícia e que, sobretudo, se coloca acima de todas as demais autoridades e acima de todo o poder, mas Hans Kelsen irá negar que aí possa repousar um princípio de justiça que, em nosso pensamento, como já tivemos oportunidade de afirmar, constitui elemento inarredável da própria ideia de Direito.

Sem embargo, por corolário lógico, na perspectiva do *Positivismo Jurídico científico-normativista*, poderíamos definir o Direito como um sistema de normas ou um conjunto de normas, reciprocamente ligadas por relações de validade, e que o fundamento último desse sistema será, necessariamente, uma norma fictícia - a norma fundamental - que, em última instância, justificará a validade de todas as demais.

Outra vertente do *Positivismo Jurídico científico* será o *realismo*, como dantes mencionado. Conforme lição de Riccardo Guastini⁹⁸⁴, ele também se compõe de uma Teoria do Direito e de uma Teoria da Ciência Jurídica. Entretanto, na concepção do *realismo*, o Direito não constitui um conjunto de normas, mas um conjunto de comportamentos, quais sejam, os comportamentos dos legisladores, os comportamentos dos órgãos de aplicação do Direito e os comportamentos dos juristas enquanto intérpretes do Direito.

Da perspectiva do *Positivismo Jurídico científico-realista*, a Ciência Jurídica, a exemplo do que ocorre com todas as demais ciências sociais, é uma ciência que versa sobre *comportamentos*, e sua tarefa é exatamente descrever atos de linguagem, seja do legislador, seja das decisões judiciais, seja da doutrina elaborada pelos juristas, e assim por diante.

Em outra formulação, enquanto o *normativismo* afirma que o Direito é produto da legislação (em sentido amplo) e que os juristas encontram essas normas jurídicas já

⁹⁸⁴ In *Das Fontes às Normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p.354.

prontas e totalmente acabadas, sendo, nessa medida, passíveis de conhecimento (a interpretação será o conhecimento de normas), o *realismo*, ao revés, irá dizer que o Direito outra coisa não é senão o produto ou o *resultado da interpretação* e da aplicação da norma. Norma só o é, verdadeiramente, quando interpretada, de sorte que não existem normas antes e independentes da prática judicial e administrativa.

Típica, nesse sentido, é a doutrina de Alf Ross, que rechaça toda a interpretação reducionista de normas que pretenda circunscrevê-las apenas a proposições descritivas de certos fatos. O pensamento do autor diverge em larga escala das correntes tradicionais no estudo da Ciência Jurídica.

Para Alf Ross, enquanto positivista, o Direito vigente não possui quaisquer relações que possam ser explicadas no âmbito da metafísica. Segundo o autor, *o Direito deve ser buscado no plano da experiência*; por isso, afirma que *o Direito é uma experiência empírica* e que “*a função da Ciência do Direito é expor um certo sistema individual nacional de normas*”.⁹⁸⁵

Isso porque o autor, para explicá-las, metaforicamente, compara as normas legais a um jogo de xadrez e às respectivas normas; tais normas servem justamente para que seja possível compreender o próprio jogo, no âmbito de um determinado modelo, segundo um critério de coerência e previsibilidade.

Na comparação metafórica entre as leis e o jogo de xadrez, Alf Ross sustenta que seria extremamente difícil agrupar todas as regras de diferentes jogos em um único grupo denominado “regras do jogo”⁹⁸⁶. Transportada essa metáfora para o mundo do Direito, uma tal dificuldade poderia ser exemplificada nas diferenças entre os Direitos vigentes nos diferentes Estados, cambiantes segundo suas contingências.

Em apertada síntese, apenas a título de contextualização, embora sua teoria mantenha alguns traços de identificação com a ideia kelseniana de Direito - como, por exemplo, a compreensão do Direito como um conjunto de regras que regulam o exercício da força - o Jusfilósofo Dinamarquês vê o Direito como uma ciência fundada no experimento, do que deflui seu modo todo peculiar de ver tanto a atividade dos juristas, como os conceitos de Direito, de norma, de interpretação e, de modo especial, o estudo da linguagem.

Em Alf Ross, o Direito tem um caráter institucional, funcionando, portanto, na máquina estatal, tendo, assim, um elemento coercitivo e outro institucional. Em seus

⁹⁸⁵ ROSS, Alf Niels Christian, in *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2000, p.55.

⁹⁸⁶ ROSS, Alf Niels Christian, in *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2000, p.30.

estudos, ele não se ocupou muito em desenvolver, como Hans Kelsen, os conceitos de vigência, validade e eficácia, tendo, aliás, em relação à validade uma certa dificuldade semântica, como explica Luiz Fernando Barzotto⁹⁸⁷. Para Alf Ross, só há um conjunto desses três elementos, pois só existe um plano e este se revela quando a norma recebe adesão por ocasião de ser aplicada por um juiz (é, pois, o juiz o destinatário da norma jurídica).

No aspecto da validade, o autor prescreve apenas uma combinação necessária de critérios: efetividade e sentimento de obrigatoriedade. Para explicitar o seu entendimento, ele lança mão, mais uma vez, da metáfora do jogo de xadrez, sustentando que as regras do jogo são válidas quando, dentro de uma determinada comunidade, essas regras recebem adesão efetiva, porque os jogadores se sentem obrigados socialmente pelas diretivas nelas contidas.

Contudo, uma regra não se confunde com a sua validade, como explica Luiz Fernando Barzotto⁹⁸⁸. Tanto se pode ter uma regra escrita em um manual, como uma regra de fato e, nesse caso, para Alf Ross, somente esta última pode ser considerada válida: as regras de xadrez são, portanto, o conteúdo ideal abstrato (a diretiva) que possibilita, enquanto esquema de interpretação, compreender os fenômenos do xadrez (os movimentos e os padrões de ações experimentados).

A regra de xadrez só é válida quando ela, enquanto conteúdo ideal de natureza diretiva é utilizada e sentida como socialmente obrigatória pelos jogadores, podendo, desse modo, ser empregada, com sucesso, como esquema de interpretação do fenômeno. Em suma: só quando interpretada por meio de uma regra de xadrez é que a ação se torna um movimento de xadrez. Disso pode-se concluir que nenhuma regra é, em si mesma, uma regra de xadrez; ela só existe com essa qualidade quando é, de fato, utilizada para interpretar fenômenos de xadrez.

A regra do Direito válido segue, segundo Alf Ross, a mesma lógica. Por isso o Filósofo da Escola de Copenhague define Direito válido como *“um conjunto abstrato de ideias normativas que servem como um esquema de interpretação para os fenômenos do direito em ação, o que, por sua vez, significa que essas normas são efetivamente obedecidas, e que o são porque elas são vividas como socialmente obrigatórias”*.⁹⁸⁹

⁹⁸⁷ In *O Positivismo Jurídico Contemporâneo*. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2003, p.81.

⁹⁸⁸ In *O Positivismo Jurídico Contemporâneo*. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2003, pp.75-76.

⁹⁸⁹ ROSS, Alf Niels Christian, in *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2000, p.18.

Para o autor, como o Direito é fato, ele só pode ter uma vigência empírica ou experimental. Os elementos que caracterizam sua noção de vigência são a realidade (quando o juiz aplica a norma) e o elemento psicológico (a convicção de que a norma é obrigatória). Observe-se aqui que, não obstante sua postura positivista, o problema da vigência da norma passa, em seus desenvolvimentos, pela interiorização do juiz (com carga subjetiva, portanto) de que a norma é válida.

Outra peculiaridade da teoria realista de Alf Ross diz com a questão linguística. Há várias expressões linguísticas que são principalmente asserções, exclamações, *diretivas*, sendo que estas últimas são as mais adequadas para influenciar uma decisão; o Jusfilósofo fala, aí, de uma função prescritiva (típica, pois, da linguagem moral, do dever-ser) como sendo a principal função da norma jurídica: ela é uma prescrição ou uma *diretiva* dada por uma fonte estatal ao decisor (órgão de aplicação).

Alf Ross bem sabe que toda linguagem apresenta problemas de interpretação, tanto de ordem sintática (que diz com a função das palavras na estrutura da frase), como de ordem lógica, assim como problemas de inconsistência, de redundância, de semântica (inerente ao significado das palavras dentro da expressão) e de pré-compreensões (pré-conceitos ou pré-suposições). A palavra *lei*, a título ilustrativo, deve ser entendida de acordo com o seu contexto específico, e não como algo com abrangência universal. O autor em referência propõe que esses problemas sejam resolvidos no âmbito da administração judiciária; ao contrário da postura kelseniana, que refuta métodos interpretativos, Alf Ross reconhece a sua existência; entretanto, os toma por irrelevantes em sua análise.

É que, em seu ideário, o Direito é um fenômeno pragmático, incumbindo à administração da justiça desenvolver um conjunto de regras que irão conduzir, como diretivas, o juiz na tarefa de transição da regra geral e abstrata para a regra individual, até chegar à decisão, ou seja, à norma jurídica.

De acordo com essa postura, o Jusfilósofo Dinamarquês acaba por estabelecer uma dicotomia entre as normas de conduta e as normas de competência, estas, aliás, insuscetíveis da marca que tem sido apontada como distintiva do Direito de outras ciências que é a coerção, pois, nesse contexto, observa-se claramente que a sanção não é elemento essencial à norma jurídica⁹⁹⁰. Essa análise especifica quanto a coerção e a

⁹⁹⁰ Disso, Kelsen tradicionalmente se defendeu, pois as normas de competência, argumentou o Jusfilósofo Austríaco, são sancionadas por meio de outras normas que lhe cominam, em caso de transgressão, a sanção de nulidade.

coação serem marcas distintivas do Direito relativamente a outras ciências será por nós mais à frente retomada. Fiquemos, por ora, apenas com o pensamento do Dinamarquês.

A norma jurídica, segundo Alf Ross, assume uma adequação à realidade social e o Direito é por ele compreendido como um fenômeno cultural. Mas, merece destaque que o autor não elaborou uma ideia substancial que permitisse distinguir normas jurídicas de normas não jurídicas e tampouco demonstrou como seria possível ligar o caráter normativo jurídico e a validade de uma norma, limitando-se a afirmar que sobre elas passa uma ideia de sentimento de que elas seriam socialmente aceitas, o que, aliás, se contrapõe a toda ideia tradicional do *Positivismo Jurídico científico-normativista* de expurgar da ciência do Direito quaisquer juízos de valor.

Também nesse aspecto, é peculiar o pensamento de pensador em análise sobre o fundamento jurídico do ordenamento jurídico. Se em Kelsen, um tal fundamento repousava na recondução sucessiva de uma norma até uma outra de hierarquia superior até a Constituição e dessa, pelo mesmo processo, à primeira Constituição histórica e, finalmente daí à *grundnorm* - que, pressuposta, não se funda em nenhuma outra, mas Hans Kelsen não admite que aí resida um princípio de justiça nem outro fundamento filosófico qualquer -, em Alf Ross, veremos que o autor segue o mesmo modelo esquemático piramidal kelseniano, exceto no aspecto de sua unidade, pois, diferentemente, o Dinamarquês a encontra em uma *ideologia política dominante* ou a *norma básica*.

Enquanto Hans Kelsen tem como fonte de Direito o documento normativo, como decorrência lógica da leitura empírica que Alf Ross faz de todo o ordenamento jurídico, todos aqueles fatores dos quais o juiz se utiliza para criar a norma (sociais, políticos, sociológicos, enfim) são considerados fontes de Direito: *todos os fatores que possam influenciar a decisão do juiz são fontes de Direito*, porque reconhece que o jurista é produto de seu tempo e de suas circunstâncias.

A decisão (a norma) é, em Alf Ross, um ato de vontade. Se, em Hans Kelsen, ela é e só pode ser produzida na via da subsunção mediante a incidência da norma geral e abstrata sobre o fato concreto, na doutrina desenvolvida pelo Jusfilósofo Dinamarquês ela é um ato de *criação*, sendo impossível sustentar-lhe a neutralidade axiológica. O juiz é um ser humano e, enquanto tal, sujeito a influxos de circunstâncias valorativas sociais e políticas. Logo, sua tarefa não se circunscreve à adequação, mas a uma verdadeira criação, uma construção, de sorte que não se pode afirmar haver uma única solução possível, na medida em que cada juiz possui os seus próprios valores. Além disso, o

autor ainda preconiza os fatores pragmáticos que invariavelmente interferem na interpretação, ou seja, o ponto de vista das consequências das decisões, seja no plano político, seja no plano social.

Contudo, em que pese essas características, Alf Ross não admite a ideia de interpretação teleológica (os fins) que qualifica como bem diferente de considerações pragmáticas no momento de decidir, pois, *não há falar, verdadeiramente, em norma, senão, em norma interpretada*. Por idênticas razões, também não há falar de *voluntas legis* (a vontade do texto da lei) ou de *voluntas legislatoris* (a vontade ou a finalidade do legislador na dicção legal). Logo, no *Positivismo* de Alf Ross, abre-se um espaço de interligação do objeto do conhecimento e o sujeito conoscente, admitindo que o intérprete produza a norma, mostrando a razão que assiste a Paulo Otero em crítica à concepção estadual e do Estado como fonte única de produção do Direito.

A análise do *Positivismo Jurídico* não pode prescindir de examinar, ainda que *un passant*, o pensamento do Jus filósofo Polonês Herbert Lionel Adolfo Hart, doravante designado simplesmente como Herbert Hart, sua ideia em torno do tema da obediência às leis⁹⁹¹ e sua resposta às críticas de que o *Positivismo Jurídico* referendava ordens marcadas por flagrante injustiça.

Hebert Hart, desenvolvendo um *Positivismo Jurídico analítico*, tem em mente que a tarefa principal dos juristas, antes de se dedicarem à construção de teorias, deve consistir na análise da linguagem jurídica usada na prática do Direito.

Para tanto, a análise lógico-semântica da linguagem e das proposições que descrevem o Direito assume vital importância no *Positivismo Jurídico analítico* hartiano. Em seu pensamento, a busca da jurisprudência analítica diz respeito ao acurado exame da linguagem a partir da qual o Direito é produzido.

Isso porque, quando falamos em linguagem, segundo o pensador em comento, devemos ter especialmente em conta que ela expressa uma forma de vida, não podendo, por conseguinte, ser reduzida a uma série de reproduções verbais de fatos.

Tais posições aparecem na obra de Hebert Hart em sua tipologia das normas primárias e secundária, bem como no seu conceito de aceitação de uma norma. Para o Jusfilósofo, as palavras utilizadas pelo Direito somente podem ser entendidas dentro do discurso no qual realizam as suas funções. Logo, ele não pretende, em sua teoria,

⁹⁹¹ A abordagem da questão, aliás, remonta à peça *Antígona*, de Sófocles, a tragédia grega em que obediência e transgressão do Direito posto estão em tensão com o Direito Natural.

elaborar uma definição dos termos norma, Direito, dever, contrato, mas tão somente buscar estabelecer as condições que regem o uso dessas palavras.

Bem por isso, ao contrário das posturas que refutam a normatividade do Direito e não aceitam como seu elemento central a noção de regra, podendo ser descrito como fenômeno puramente factual (como ordens coercitivas ou hábitos de obediência, por exemplo), em seus desenvolvimentos, Hebert Hart assumiu a tarefa de demonstrar a centralidade da regra para a construção do conceito de Direito e sua irreducibilidade a noções de obediência ao Soberano e de ordem coercitiva.

O Jusfilósofo polonês *rechaça a ideia de que todas as regras de um sistema jurídico se reconduzem a ordens baseadas em ameaças e coerção emanadas de uma pessoa ou de um grupo delas*. Dessa leitura justifica-se o título de sua obra mais expressiva: “O Conceito de Direito”.

O Positivismo Jurídico, na percepção de Herbert Hart, também se define pela separação absoluta do Direito e da Moral. Isto é, o Direito e a Moral são, e devem ser entendidos como fenômenos *distintos*. Existe, na obra de Hebert Hart, o reconhecimento de que a moralidade pode orientar decisões em muitas circunstâncias diferentes; sua doutrina inclusive admite que *o Direito e a Moral andam juntos em alguns assuntos, mas cada qual com o seu conceito próprio*, e nisso se harmoniza com os postulados kelsenianos de depuração da Ciência Jurídica de outros campos do saber, pugnando pela sua autonomia. Tanto é que, ao conceituar o Direito, o autor afirma: “*Entendemos por ‘positivismo jurídico’ a afirmação simples de que em nenhum sentido é necessariamente verdade que as normas jurídicas reproduzem ou satisfazem certas exigências da moral*”.⁹⁹²

Mas, em outros aspectos, o Jusfilósofo Polonês se afasta das ideias do Jusfilósofo Austríaco. A lei, por exemplo, ao contrário do pensamento de Hans Kelsen - que identifica o Estado com o Direito -, na percepção hartiana, *é uma regra social, mitigando, assim, a sua compreensão fechada*.

Isso não diz muito, porque existem muitas regras que são igualmente sociais. Contudo, somente uma espécie muito particular de regra pode ser compreendida, segundo Hebert Hart, como *regra jurídica*. E o que destique, de acordo com sua doutrina, uma regra social de natureza jurídica das demais, consiste no fato de que nem

⁹⁹² In *O Conceito de Direito*. 2ª ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, pp.181 e s.

todos os membros da sociedade podem aplicar as sanções que ela comina; somente a autoridade político-jurídica.

Hebert Hart define as regras jurídicas como a união de regras primárias e regras secundárias. As primárias são *mandados de obrigações*; aquelas que *estipulam um dever*, impondo um determinado comportamento a categorias de pessoas ou à totalidade dos cidadãos, ao passo em que as secundárias *dizem respeito ao modo de se compreender a aplicação das normas primárias*, ou, em outras palavras, aquelas que estabelecem poderes e dizem respeito à identificação, à alteração e à aplicação das regras primárias. As regras secundárias são essenciais ao ordenamento uma vez que entre as regras primárias predomina a incerteza: é necessário resolver dúvidas que surgem a todo o momento na prática judicial sobre a existência ou não de uma regra.

Assim, Hebert Hart afasta a compreensão de regra jurídica como simplesmente um comando dotado de cogência e passível de sanção, pois, para além da punição e do desprazer que o comando acarreta, o conceito de Direito reclama a noção de reconhecimento.

Isso importa dizer que, no pensamento de autor em tela, a comunidade daqueles que participam da esfera pública sempre encontra um modo de identificar qual é a regra jurídica e qual o discurso legitimador para a necessidade social, ou seja, reconhecem o lugar da lei.

Disso decorre que, em se tratando de regra jurídica, o reconhecimento se legitima não por simples medo do mal punitivo; antes, o reconhecimento da regra jurídica se dá pelo fato de que, quando queremos saber o que é o Direito, sabemos, de acordo com Hebert Hart, exatamente para onde olhar.

Assim, Hebert Hart faz do Positivismo Jurídico uma *teoria da sociedade*. Primeiro, por formular uma *contundente crítica às posturas que reduzem as regras jurídicas à noção de ordens coercitivas*; sua oposição a esse pensamento reside justamente no fato de compreender que as ordens emanadas de uma autoridade não são obedecidas por ameaça ou por outra forma de constrangimento; ao revés, no entendimento do autor ora analisado, elas são habitualmente acatadas porque existe um *hábito* de obediência ao soberano na população (o que chama de *regra de reconhecimento*), sendo isso, precisamente, o que, segundo o autor, constitui a essência do fenômeno jurídico.

Embora haja em algumas leis, como as de natureza penal, por exemplo, um efetivo apelo à ameaça e à coerção, o Jusfilósofo destaca que *há, irrefutavelmente, outras regras que desconhecem essa realidade; são regras que não impõem deveres nem*

sanções para hipóteses de violação; além disso, o modelo coercitivo kelseniano rebatido por Hebert Hart é falho, a juízo o autor, porque olvida que todos, o Estado, aqueles que participam do processo legislativo estatal e as pessoas em geral, submetem-se às regras jurídicas criadas; ainda, ela é falha porque *não explica os costumes*⁹⁹³, em que ausente a intervenção de uma vontade consciente na sua elaboração, nem a continuidade da obediência em face da alternância no poder que emana as regras.

Essa continuidade só se justifica, em Hebert Hart, em face de uma prática social complexa consistente na aceitação de uma regra que se explica por meio do hábito. Sua validade poderia ser compreendida como uma categoria social. As regras jurídicas de um determinado grupo social são aquelas cuja validade decorre de uma regra suprema de reconhecimento (*rule of recognition*).

Ou seja, enquanto o critério supremo de validade de um sistema jurídico em Hans Kelsen reside na *norma fundamental* (*groundnorm*) e, em Alf Ross na *norma básica* (a validade é uma categoria psicológica), em Hebert Hart, esse critério último será uma *regra de reconhecimento* que determine as características que uma regra deve apresentar para ser considerada uma regra do jogo. É ela que dá unidade ao sistema jurídico e dela advém a ideia de validade.

Em um exemplo elucidativo trazido por Luis Fernando Barzotto⁹⁹⁴, “*um decreto do Executivo é considerado válido se tiver sido elaborado em conformidade com a lei. A lei é considerada válida se tiver sido emanada nos termos previstos pela constituição. Esta é válida porque a regra de reconhecimento diz que aquilo que está disposto na constituição é direito*”.

A regra de reconhecimento proposta por Hebert Hart como fundamento último de validade de um sistema jurídico não apela a nenhuma outra para firmar a sua própria validade ou legitimação. Isto é, não é predicável de nenhuma outra e não há sequer sentido prededer a sua própria validade, pois esta somente pode ser buscada no interior do próprio sistema jurídico. Logo, o termo ‘validade’ não pode a ela ser aplicado. Ela é, do ponto de vista externo, uma prática de identificação do Direito pelos tribunais e outros funcionários do sistema; do ponto de vista interno, ela afigura-se um padrão aceito de identificação das regras do sistema por parte dos juízes e funcionários do sistema.

⁹⁹³ Idêntico argumento foi invocado por Paulo Otero ao refutar as concepções estadualistas, ideológicas e normativas da Constituição e do Direito Constitucional, referindo-se à ausência de explicação ao costume internacional.

⁹⁹⁴ In *O Positivismo Jurídico Contemporâneo*. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2003, p.115.

Ou seja, no aspecto interno, a *rule of recognition* deve ser compreendida como uma regra; no externo, como uma *prática social*. E posto desta forma, uma regra existe quando ela é identificada como válida com o auxílio da regra de reconhecimento que, ao contrário da *grundnorm* kelseniana, não é pressuposta. Ela depende, isto sim, de aceitação de parte daquele que faz um juízo de validade da regra, como da aceitação de parte dos funcionários do sistema.

Em Hebert Hart, as normas não são, bem de ver, válidas conforme seu conteúdo (conforme forem justas ou não), mas, sim, porque elas são criadas ou reconhecidas de fato pela sociedade de uma maneira contingente. Mesmo em oposição a Kelsen e a outros positivistas-normativistas cuja doutrina, marcada por uma rigidez metodológica, abre caminho inclusive para um Direito imoral, o Justilósofo Polonês, embora criticando tal postura, acaba por referendar a validade de um Direito injusto, aduzindo que “*o que estes pensadores estavam essencialmente preocupados em promover era a clareza e a honestidade na formulação das questões teóricas e morais suscitadas pela existência de leis concretas que eram moralmente iníquas, mas foram legisladas de forma devida, claras no seu sentido, e satisfizeram todos os critérios reconhecidos de validade de um sistema. A sua visão foi a de que, ao pensar em tais leis, quer o jurista teórico, quer os infelizes funcionários ou o cidadão privado, que foram chamados a aplicá-las ou a obedecer-lhes, só podiam ser confundidos por um convite de recusa do título de ‘direito’ ou de ‘validade’ relativamente a elas. Pensaram que, para encarar tais problemas, existiam recursos mais simples e cândidos, que iluminariam muito melhor todas as considerações intelectuais e morais relevantes; devíamos dizer: isto é direito; mas é demasiado iníquo para poder ser aplicado ou obedecido*”.⁹⁹⁵

Com se pode bem perceber, Hebert Hart assumiu os postulados teóricos da filosofia da linguagem ordinária ou natural e, ao fazê-lo, o autor iniciou a recuperação da racionalidade do discurso ético, mitigando o rigor metodológico do *Positivismo Jurídico científico-normativista*. Mas vale, uma vez mais, repetir que, em seu pensamento, persiste a ideia de separação entre *Direito* e *Moral*, é dizer, uma norma tem caráter jurídico, isto é, pertence a um sistema jurídico não por razões morais, mas porque própria do ordenamento jurídico ou, se preferir, a regra de reconhecimento que preconiza, outorga-lhe validade.

⁹⁹⁵ In *O Conceito de Direito*. 2ª ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, pp. 223-224.

Mas essas não são as únicas marcas diferenciais do *Positivismo Jurídico* de que é tributário Hebert Hart (*soft positivism*). Em certa medida, consideramos que ele chega a se afastar do *Positivismo Jurídico*, quando o Filósofo Polonês propõe que, em algumas situações excepcionais se abra ao aplicador do Direito uma possibilidade criadora de norma.

Em que pese seja a regra geral, fundada na perspectiva montesquieuniana, que o aplicador do Direito atue como uma mera *boca que profere as palavras da lei*, nos exatos termos em que emanada do Poder Legislativo, e que preconiza que a tarefa do intérprete seja apenas a de subsunção de fatos às normas de Direito posto, segundo um silogismo lógico-formal, rechaçando qualquer espaço para a interpretação do sujeito que conhece o objeto (as relações sociais), Hebert Hart admite que, em determinadas situações, essa lógica mecanicista seja abandonada para dar lugar a uma atividade criadora da norma, aos moldes do próprio legislador político.

Isso ocorre nos chamados *hard cases*, aqueles em que o aplicador do Direito, depois de ter seguindo a lógica do raciocínio jurídico, segundo o método dedutivo-subsuntivo, verificar a inaptidão instrumental do Direito posto para fundamentar uma decisão, situação em que Hebert Hart admite ao aplicador jurídico um espaço de ‘discrecionabilidade’ ou de *criação do Direito, com a produção da norma do caso concreto*.

Para além do *Positivismo Jurídico científico*, há outra corrente ou espécie de *Positivismo Jurídico* que difere completamente das abordagens anteriores: cuida-se do *legalismo* ou do *formalismo ético*. Conforme refere Riccardo Guastini⁹⁹⁶, se adaptarmos a ele uma *ideia de Norberto Bobbio*, poderemos até chamá-lo de *positivismo meta-ético*.

O *legalismo* não constitui propriamente uma Teoria do Direito, nem uma Teoria da Ciência Jurídica. Antes, cuida-se de uma teoria da Moral (meta-ética), *segundo a qual se deve obedecer ao Direito positivo, porquanto existe uma obrigação moral de obedecer às normas do Direito existente*.

Logo, Direito e lei estatal, no *legalismo*, também se confundem. O Direito Positivo, nessa linha de entendimento, é limitado a um determinado povo e por ele posto, criando, assim, uma *identidade social* e, porque criado, *torna-se norma mutável que pode ser anulada, revogada, alterada, estando, enfim, na esfera de disponibilidade de uma autoridade constitutiva, sendo, ainda, passível de ser modificada pelos costumes*, o que

⁹⁹⁶ In *Das Fontes às Normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p.355.

já não ocorre com o Direito Natural que, sendo dado pela natureza, é imutável e sujeito à lei de causa e efeito.

Mas, ao contrário do *Positivismo Jurídico científico*, o *legalismo não compreende as normas jurídicas como fatos, senão como valores*. Alf Ross chega ao ponto de identificá-lo como um “*quase positivismo*” ou mesmo como uma variante do *jus naturalismo*, inclusive porque, não diferente das doutrinas do Direito Natural, também o *legalismo não faz nenhuma diferenciação entre a linguagem da ciência (descritiva) e a linguagem da moral (prescritiva)*, e sua distinção em relação ao *jus naturalismo* consiste em que, *para o legalismo, não há normas jurídicas naturais, mas tão só normas postas*, produto da vontade humana, produzidas por autoridades normativas humanas, pois, conforme anota Norberto Bobbio⁹⁹⁷, “*por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria do direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito. (...) O positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo*”.

Assim, para o *legalismo*, o Direito não é um conjunto de normas quaisquer. Tal qual para o *jus naturalismo*, na *acepção legalista*, o *Direito se define como um sistema de normas obrigatórias ou vinculantes*; o Direito é dotado de *força vinculante* e nisso o *legalismo* difere profundamente do *jusnaturalismo*, como aponta Riccardo Guastini.⁹⁹⁸

E qual seria o contributo de Norberto Bobbio a que antes nos referimos?

Segundo o autor, como, de rigor, para toda a posição positivista, *a noção de sanção ocupa posição central de seu pensamento, porquanto ela é a chave que permite distinguir Direito da Moral*. Ele mesmo⁹⁹⁹, anteriormente, já havia determinado a norma jurídica a partir da ideia de sanção.

Contudo, aprofundando suas reflexões, o Jusfilósofo Italiano acaba concluindo que *o Direito não pode ser definido só a partir do conceito de norma jurídica*, pois ela é insuficiente para a sua determinação. O termo Direito, para Norberto Bobbio, na acepção do Direito objetivo, indica um tipo de *sistema normativo* e não um tipo de norma. Daí por que o conceito de Direito só pode ser compreendido a partir do ordenamento jurídico e, ao enfrentar a questão da definição do caráter jurídico da

⁹⁹⁷ In *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia*. São Paulo: Editora Ícone, 2006, p.26.

⁹⁹⁸ In *Das Fontes às Normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p.364.

⁹⁹⁹ BOBBIO, Norberto, in *Teoria da Norma Jurídica*. São Paulo: Edunb, 1994, pp. 28 e s.

norma, o autor vai enfatizar o que denomina de um novo critério, qual seja, o da *resposta à violação*.

Em suas especulações jusfilosóficas, se uma norma prescreve o que deve ser, mas, se o que deve ser não corresponde ao que necessariamente é, ou seja, quando a ação real não corresponde à prevista, então a norma foi violada. Ora, se ela é infringida, quer por inobservância, quer por inexecução, isso exige uma resposta estatal. *Logo, a sanção pode ser definida como resposta jurídica à violação de uma norma*. Enquanto norma jurídica, isso significa que a sanção é uma resposta externa institucionalizada¹⁰⁰⁰. Portanto, ela não diz respeito à validade da norma, mas à sua eficácia.

Colocando a sanção em termos de eficácia, Norberto Bobbio entende que antes se deve questionar sobre a função da sanção cominada pela norma e, por conseguinte, a relação entre o *ser* e o *dever-ser*, ou se preferir, entre a força e o Direito, uma dicotomia cuja rigidez Norberto Bobbio pretende evitar, numa *franca crítica às ideias que preconizam o Direito como mero regulador da força*.

Em sua *Teoria do Ordenamento Jurídico*¹⁰⁰¹, Norberto Bobbio aprofunda essa reflexão para destacar não apenas o conceito de sanção e seu papel no Direito, mas, também, para sublinhar a sanção sob uma dupla perspectiva, uma negativa e outra positiva, cada uma delas com uma função, aquela identificada como uma punição; e esta, com uma recompensa.

Norberto Bobbio, em suas reflexões filosóficas, observou que, até a primeira metade do século XX o Estado assumiu, com exclusividade, a função de custodiar a ordem pública. Nesse contexto, o Direito se reduzia a normas de proibição e as sanções tinham natureza negativa.

Mas aquele cenário, em especial a partir da Segunda Grande Guerra Mundial, se alterou substancialmente, pois o Estado se viu envolto em funções muito além da mera proteção e repressão, antes surgindo como produtor de serviços de consumo social e de mercadorias, além de uma função regulamentadora da economia, a ponto de, na atualidade, substituir, por exemplo, ainda que em caráter parcial, o próprio mercado na coordenação da economia, tornando-se um centro da distribuição de renda, inclusive ao estabelecer e regular preços, ao taxar e subsidiar produtos.

¹⁰⁰⁰ In *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2011, p.42.

¹⁰⁰¹ In *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2011, pp.42-43.

Uma Teoria Jurídica de sanção negativa, portanto, não se amolda a essa nova conformação estatal, na medida em que ignora o papel assistencial, regulador e empresarial do Estado.

Diante dessa realidade, Norberto Bobbio inova a concepção formalista tradicional do Direito, introduzindo o que chamou de *função promocional do Direito*, aliada à função da sanção, precisamente, a sua vertente positiva. Ele invoca uma função promocional do ordenamento jurídico colocado a serviço do Estado e da Sociedade, como espécies de *técnicas de encorajamento* (de cunho não repressivo) ou de *uso das normas como estímulo ou prêmio* (seja pelo prêmio, pela subvenção, isenção fiscal ou renúncia de receitas, ilustrativamente); enfim, é o agente sancionador (o Estado) que restringe a sua liberdade no intuito de alcançar um comportamento desejado; em vez de caracterizar o Direito como instrumento de controle social, pela ameaça ou pelo constrangimento, nos moldes tradicionais, ergue-se, na Teoria de Norberto Bobbio, um modelo de *controle persuasivo e premonitivo*, que constitui um aumento e um aperfeiçoamento dos meios de socialização e de condicionamentos coletivos.

O pensamento da sanção não apenas sob o viés punitivo, mas, agora, sob a perspectiva positiva, a partir do enfoque funcionalista, faz Norberto Bobbio voltar-se à pesquisa antropológica e sociológica, para concluir *o Direito como um subsistema social global*, colocando em destaque o serviço que ele presta à sociedade.

Isso porque, nessa perspectiva estatal promocional, Norberto Bobbio, ao encarar o Direito não apenas como um conjunto de regras dadas com função sancionatória repressivas (negativas), mas, também¹⁰⁰², como um conjunto de regras funcionalmente com vistas a encorajar ou promover comportamentos desejáveis, tende a assumir um papel criador, modificador e transformador da realidade.

Importante reter, para efeitos específicos de nossa análise, que Norberto Bobbio distingue os ordenamentos jurídicos em *simples* e *complexos*, conforme as normas que os compõem derivem de uma só fonte ou de mais de uma.

A complexidade de um ordenamento jurídico deriva do fato de que a necessidade de regras de conduta numa sociedade é tão grande que não existe nenhum poder (ou

¹⁰⁰² Restando claro que o autor não propõe duas teorias opostas, mas uma mesma teoria com diferentes enfoques que, em última instância, intenta superar a vetusta questão da identidade epistemológica da ciência jurídica com uma aproximação necessariamente voltada para indagações sociológicas, econômicas, políticas, numa espécie de recuperação da experiência social, sem prejuízo de um juízo crítico sobre a própria proposta de eliminar juízos de valores na construção de uma teoria jurídica do Direito.

órgão) em condições de satisfazê-la sozinho, portanto, não há uma, mas uma verdadeira multiplicidade de fontes das quais afluem regras de conduta.

Entretanto, a complexidade do ordenamento não exclui a sua unidade, que, segundo a teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico, conforme propôs Hans Kelsen, é alcançada por meio da chamada “norma fundamental”, ou seja, aquela por ele apontada como suprema, pressuposta ou hipotética, cuja validade não depende de nenhuma norma superior e *sobre a qual repousa toda a unidade do ordenamento jurídico* (que, ao nosso ver, só pode ser compreendida como a pessoa humana e sua dignidade inalienável).

Nesse sentido, no que concerne à validade das normas jurídicas, também o Filósofo Italiano considera que uma norma pertence ao ordenamento jurídico se ela puder ser reinserida, não importa se por meio de um ou mais graus, na norma fundamental. Logo, a *grundnorm* é, simultaneamente, no entender de Norberto Bobbio, *o fundamento de validade e o princípio unificador das normas de um ordenamento*¹⁰⁰³. Por outro lado, em razão do antes exposto, a definição do Direito não coincide com a definição de *justiça*, uma vez que a norma fundamental está na base do Direito como ele é (o Direito Positivo), e não do Direito como deveria ser (Direito justo). *O Direito seria, neste diapasão, a expressão dos mais fortes, não dos mais justos*¹⁰⁰⁴. A força, nesse sentido, é instrumento para realização do Direito, sem, contudo, desconsiderar o enfoque funcional sancionatório na vertente positiva de que antes falamos.

De tudo que se examinou até aqui, o que se pode concluir é que o Positivismo Jurídico, seja em que variante for, não conseguiu, na sua pretensão de autonomia e purificação, manter o Direito alheio e dicotomizado da Moral, da Ética, da Justiça e da Política.

Sem embargo das críticas, por sua proposição essencialmente empirista e formal, Mário Giuseppe Losano¹⁰⁰⁵ ainda questiona: “*Estamos mesmo seguros de que a forma é o elemento fundamental para compreender o Direito? Excluindo qualquer exame do interior (ou seja, a realidade), e qualquer exame do exterior (ou seja, o valor, a justiça),*

¹⁰⁰³ Princípio esse que, conforme aqui defendemos, somente pode ser entendido como a dignidade da pessoa humana, com o conceito e com o conteúdo que reiteradas vezes descrevemos.

¹⁰⁰⁴ Ao extirpar do Direito a *justiça*, dizendo que o Direito seria, neste diapasão, a expressão dos mais fortes, não dos mais justos, errou ao conceber como Direito expressão do mais forte, porque, em definitivo, Direito, em essência, isso não é.

¹⁰⁰⁵ KELSEN, Hans, in *O Problema da Justiça*. Tradução João Baptista Machado. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, XXI.

Kelsen encontra-se na posição de quem quer falar do ovo propondo-se a calar sobre a galinha quanto sobre a gema e a clara”.

O mesmo vale, ao nosso modo de ver, para todas as propostas positivistas jurídicas que, seguindo um projeto unidimensional do Direito, para usar uma expressão de Luis Fernando Barsotto¹⁰⁰⁶, tentando reduzi-lo a uma esfera normativa, centrada na forma, desprezando o conteúdo, perigosamente olvidaram que uma caixa (forma) pode conter bombons, mas pode, também, veicular explosivos e conduzir à destruição.

O Direito, como bem define Luis Fernando Barsotto¹⁰⁰⁷, “*é um fenômeno complexo, que envolve não somente normas, mas fatos e valores e, portanto, não somente a validade, mas, também, a justiça e a eficácia concorrem à formação da noção do Direito*”. Portanto, quem quiser compreender a experiência jurídica em seus vários aspectos, deve considerar que o Direito é a experiência humana cujos elementos não podem prescindir daqueles que referimos no capítulo anterior como *liberdade, segurança e justiça* - esta compreendida em suas várias modalidades de expressão, uma delas, a solidariedade, conforme a definimos anteriormente.

Os positivistas também cometeram o equívoco de imaginar que o *Direito* é um produto acabado, um *prêt-à-porter*, pronto para vestir, pensando uma positividade instantânea, desconsiderando que ele somente pode ser verdadeiramente compreendido como um processo contínuo que envolve, simultaneamente, juízos de valores e atos de poder e que suas fontes não se esgotam nem na atividade do legislador, nem na do juiz, ocorrendo até mesmo na prática diuturna do cidadão que emprega o Direito.

Não por outra razão, assumiu relevo nesse tema, o *Construtivismo* que, em oposição ao *Positivismo*, caracteriza-se por uma teoria do conhecimento que confere primazia ao sujeito conhecente, e não ao objeto do conhecimento. Ela designa, com efeito, uma teoria oposta, segundo a crença de que o objeto é construído por meio de aplicação de padrões de seleção, de ponderação e de interpretação de dados da realidade, vinculados a interesses vitais do sujeito do conhecimento, correspondendo a uma retomada e a uma atualização dos conceitos básicos da tradição racionalista-idealista, com ênfase na primazia do sujeito, mudando, entretanto, o modo de conceituar essa primazia, como advertem Antônio Frederico Saturnino Braga e Roberto Saturnino Braga.¹⁰⁰⁸

¹⁰⁰⁶ In *O Positivismo Jurídico Contemporâneo*. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2003, p.146.

¹⁰⁰⁷ In *O Positivismo Jurídico Contemporâneo*. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2003, pp.146-147.

¹⁰⁰⁸ SATURNINO BRAGA, Antônio Frederico; SATURNINO BRAGA, Roberto, in *Positivismo e Construtivismo*. Contraponto: Rio de Janeiro, 2014, p.101.

A edificação do modo construtivista de ver a relação entre o sujeito e o objeto do conhecimento, em confronto ao Positivismo, foi iniciada por Karl Popper¹⁰⁰⁹ e suas críticas ao empirismo lógico do Círculo de Viena. Essa reação contou especialmente com os desenvolvimentos doutrinários de Thomas Kuhn (1922-1996) e Jürgen Habermas (1929), aqueles que podem ser considerados como os principais representantes que da vertente enfatiza a primazia do sujeito.

Thomas Kuhn vai defender que, muito embora as diferenças entre o empirismo lógico do Círculo de Viena e o racionalismo-idealista de Popper (que confere uma espécie de ênfase ao sujeito no processo de conhecimento), e entre ambos os pensamentos uma semelhança que lhe parece mais relevante do que as próprias diferenças, o que lhe permite juntar tais perspectivas como uma única forma de Positivismo, uma vez que ambas creem em observações não interpretadas da realidade, consentido que esse tipo de observação constitui a base de validade do procedimento de avaliação e justificação das hipóteses científicas.

Para Thomas Kuhn¹⁰¹⁰, a diferença entre Popper e os empiristas lógicos está apenas no modo como posicionam as observações não interpretadas (nas quais creem) nos quadros dos respectivos processos de justificação. Para Popper, apesar de a realidade ser apreendida a partir dela, a observação fala por si mesma, como uma análise não interpretada, como observações corroboradoras, que atestam o fracasso de uma tentativa de refutação. Já no empirismo lógico, em contrapartida, as observações não interpretadas como aparecem no quadro de um procedimento em que o cientista acumula apontamentos confirmadores de sua hipótese ou teoria, como um esforço de verificação (confirmação) gradativa e crescente pelo método de indutivo¹⁰¹¹. *“A tese fundamental de construtivismo de Thomas Kuhn é a de que não há observações não interpretadas da realidade; toda observação envolve necessariamente um componente interpretativo, vinculado ao ‘paradigma’ em que trabalha e vive o sujeito do conhecimento”*¹⁰¹², afirmam Antônio Frederico Saturnino Braga e Roberto Saturnino Braga, referindo-se à visão de mundo do sujeito conoscente, adotada em determinada comunidade de usuários da linguagem científica, princípios básicos de explicação de

¹⁰⁰⁹ POPPER, Karl, in *O Racionalismo Crítico na Política*. Brasília, Unb, 1981, pp. 22 e s.

¹⁰¹⁰ SATURNINO BRAGA, Antônio Frederico; SATURNINO BRAGA, Roberto, in *Positivismo e Construtivismo*. Contraponto: Rio de Janeiro, 2014, pp.101-102.

¹⁰¹¹ SATURNINO BRAGA, Antônio Frederico; SATURNINO BRAGA, Roberto, in *Positivismo e Construtivismo*. Contraponto: Rio de Janeiro, 2014, p.102.

¹⁰¹² SATURNINO BRAGA, Antônio Frederico; SATURNINO BRAGA, Roberto, in *Positivismo e Construtivismo*. Contraponto: Rio de Janeiro, 2014, p.103.

mundo e princípios de avaliações dos dados observados, exprimindo, em qualquer caso, interesses e valores.

Logo, não existem observações não interpretadas da realidade, é dizer, o que percebemos não é a realidade em si mesmo, mas, sempre uma realizada, visualizada, nomeada, classificada, organizada e reconhecida segundo a totalidade linguístico-conceitual na qual estamos imersos ou dentro do qual vivemos. Isso talvez tenha sido a pretensão de Leonardo Boff¹⁰¹³, quando enfatizou que ler significa sempre reler e compreender. *“Cada um lê com os olhos que tem. E interpreta a partir de onde os pés pisam. Todo ponto de vista é a vista de um ponto. Para entender como alguém lê é necessário saber como são seus olhos e qual a sua visão de mundo. Isso faz da leitura sempre uma releitura. A cabeça pensa a partir de onde os pés pisam. Para compreender é essencial conhecer o lugar social de quem olha. Vale dizer: como alguém vive, com quem convive, que experiência tem, em que trabalha, que desejos alimenta, como assume os dramas da vida e da morte e que esperanças o animam. Isso faz da compreensão sempre uma interpretação. Sendo assim, fica evidente que cada leitor é sempre um coautor. Porque cada um lê e relê com os olhos que tem. Porque compreende e interpreta a partir do mundo que habita”*.

Ao revés do paradigma Positivista, o Construtivismo, tanto na proposição de Thomas Kuhn¹⁰¹⁴ como na de Jürgen Habermas¹⁰¹⁵, não propõe tirar os óculos nem as lentes com que olhamos para a realidade para compararmos nossas teorias e nossas hipóteses com a realidade em si mesma.

Isso porque, no pensamento de ambos os autores acima citados, a realidade sempre se nos apresenta pelas lentes ou óculos de nossos paradigmas. Não podemos ver a realidade em si mesma, ou ter acesso à realidade em si mesma, porque a realidade sempre é a realidade para nós, de modo que o objeto jamais é tomado como uma realidade independente das ideias que o homem tem sobre ela.

Visto sob outro prisma, o objeto do conhecimento é sempre construído pelos sujeitos do conhecimento, à medida que estes aplicam os recursos linguísticos conceituais e interpretativos próprios dos paradigmas no qual vivem e trabalham.

¹⁰¹³ BOFF, Leonardo, in *Águia e a Galinha: Uma Metáfora da Condição Humana*. 24ª ed. Petrópolis: Editora Vozes. 1998, p.9.

¹⁰¹⁴ KUHN, Thomas, in *A Estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1997, pp.11 e s.

¹⁰¹⁵ BARBOSA, Ricardo, in *Dialética da Reconciliação: Estudos sobre Habermas e Adorno*. Rio de Janeiro: Uapê, 1996, pp.9 e s.

Ver é conhecer, na visão Construtivista, pois *só compreendemos o real significado de conceitos e enunciados específicos à luz da totalidade conceitual da qual eles fazem parte*. Eis aqui uma assertiva que nos permite afirmar o erro histórico dessas construções sobre um conceito de Direito e mesmo de uma Filosofia do Direito, pois só julgamos possível, em efetivo, compreendermos o que ele e seus princípios básicos são à luz de sua totalidade. É, precisamente, o que ocorre com a dignidade humana, cuja compreensão será sempre inadequada e parcial, se não considerar as dimensões individual e social do homem, de cada ser humano.

Além disso, no âmbito das coisas humanas, mormente no Terceiro Milênio, não há mais lugar para a certeza e para a segurança - embora possamos e tenhamos que falar em valores superiores e universais da humanidade -, ao menos não como pretendido pelo Positivismo Jurídico, que, de resto, não é uma qualidade de um objeto, algo pronto, dotado de absoluta autonomia e, por esse prisma, com irrestrita delimitação. Ele só pode ser compreendido como algo que “acontece”.¹⁰¹⁶

Por isso, o pensamento jurídico atual não pode abrir mão de refletir o Direito Positivo sobre a sua validade, deixando de articulá-lo com outros valores, liberdade, segurança, justiça, sem prejuízo de outras categorias que dão conta de que ele mesmo, o Direito, para sê-lo verdadeiramente, não pode se afastar da ideia de ser coisa humana e para humanos.

E dentro dessa ideia não há mais pensá-lo separado ou isolado de outras ciências, de valores e tampouco como uma emanção exclusivamente estatal, especialmente no quadro da evolução do Estado Liberal para o Estado Social, em que ganharam espaço o pluralismo e a proteção social que impõe um modelo de Estado do Bem-Estar Social, incumbido, embora não só ele, de realizar o *bem comum*, ao fundamento do dever de solidariedade enquanto forma de expressão da justiça, que se concretiza por meio dos deveres fundamentais e tarefas que lhe incumbem enquanto fins últimos da Política.

Afinal, o que é o Direito? É uma técnica apenas tendente a estabelecer a ordem na sociedade? Ele pode ser identificado com a lei ou com um conjunto de leis escritas? Ele se reduz às ideias de força, coerção ou cogência? É algo que só vale se reconhecido pelo próprio Estado, se reconhecido socialmente ou se forjado na via interpretativa? Ou poderíamos colocá-lo como algo natural do homem em face de sua natureza

¹⁰¹⁶ A expressão é de Guiuseppe Zaccaria. “Presentazione”, in *Diritto Positivo e Positività del Diritto*. Torino: Giappichei, 1991, p. XII.

naturalmente social? Qual é o seu fundamento último, sua função e sua finalidade? Qual é o papel do Direito na sociedade?

Não temos nenhuma pretensão de desenvolver aqui uma Teoria do Direito e talvez não seja mesmo sequer possível compreendermos esse fenômeno em todo o seu conteúdo e extensão¹⁰¹⁷, a começar pelo seu próprio conceito e definição.

Entretanto, como bem observa Paulo Otero¹⁰¹⁸, essa natureza controvertida e polêmica do conceito de Direito, como decorrência da diversidade de postulados ideológicos e filosóficos de pré-compreensão de base e da própria ambiguidade terminológica - o termo Direito ora é usado para descrever uma disciplina, ora como sinônimo de *justo*, ora para significar uma ordem objetiva, ora como uma faculdade, uma atribuição ou uma prerrogativa que essa mesma ordem assegura, ao que acrescenta uma indeterminabilidade conceitual - em nada impede que se busque, ao menos, uma aproximação teórica.

Assim também pensamos nós. Sem embargo de não vislumbrarmos que seja possível oferecer uma definição completa e acabada do que venha ser o Direito, nada obsta que tentemos nos aproximar, mormente segundo uma perspectiva de defini-lo como algo que, em face de seu fundamento último e fins necessários, não estão inteiramente na esfera de disposição da vontade humana.

Começamos a responder os questionamentos supra, e assim já podemos sustentar, pelos desenvolvimentos percorridos, por exclusão daquilo que o Direito não é e não pode ser, a principiar por afirmar, de plano, assumindo uma postura antipositivista da qual Hans Kelsen¹⁰¹⁹, como vimos, foi o mais renomado expoente, refutar todas as teses que preconizam a impossibilidade de caracterização de uma ordem como especificamente jurídica, se esta não for depurada de considerações de ordem ético-valorativas; que compreendam o Direito como um sistema fechado de normas, como

¹⁰¹⁷ Paulo Otero (in *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, Vol. I, 1º Tomo, pp.31-32) destaca as dificuldades na definição do Direito. Pondera, em face de tais dificuldades, que todas as noções apresentadas são simples “*parcelas ou retratos mutilados de parte de uma superfície na sua globalidade*” que compreende ser insuscetível de conhecimento por inteiro por um único sujeito, em um mesmo momento e sob um único ponto de observação, indeterminabilidade conceitual que em muito se associa à própria ambiguidade terminológica que o termo apresenta, tanto no aspecto de seu conteúdo como de sua extensão. “*E mesmo quando cada sujeito emite o seu ponto de vista científico sobre o que seja o Direito, ele nunca se encontra numa posição de total ignorância, antes parte de pré-compreensões da realidade, de atitudes ideológica e filosoficamente comprometidas ou pré-determinadas; o conceito de Direito não é o mesmo para um marxista ou para um liberal, nem para um ateu ou para um cristão.*” Isso leva o autor a dizer que, mesmo ao nível das noções científicas, “*existem tantas definições de Direito quantos os autores que sobre ele têm pensado*”.

¹⁰¹⁸ In *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. V. I, 1º Tomo, pp.45-46.

¹⁰¹⁹ In *Teoria Geral das Normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986, p.345.

norma jurídica, como uma ordem normativa de coerção reportada a uma norma fundamental (pressuposta) a que deve corresponder uma Constituição efetivamente estabelecida (em termos gerais, eficaz), bem como as normas que, de acordo com essa Constituição, forem, de efeito, estabelecidas e sejam, em termos gerais, eficazes; ou, ainda, que definam o Direito como técnica específica de organização social, ou como sinônimo de força, coerção e cogência.

Aliás, desde os primórdios, é dizer, desde quando os romanos começaram a questionar sobre o papel do “*jus*” na sociedade, eles já tinham uma definição bem própria e adequada para o Direito: *Direito é a arte do bom e do justo*. Daí, no mínimo, o equívoco etimológico dos positivistas na sua proposta de expungir do Direito quaisquer juízos de valor: se o Direito é essencialmente a arte do bom e do justo, conceitos de conteúdo eminentemente valorativos, as ciências que profetizaram sua extirpação ou expurgo do Direito teriam que se apresentar com outro nome, pois o Direito é, historicamente, desde a sua própria origem, o que é bom e justo, ou seja, só pode ser compreendido em um ambiente também e intrinsecamente axiológico.

A par de refutarmos as concepções positivistas, também excluimos aquelas que definem o Direito como um conceito unívoco de *força, coerção e cogência*, ou somente como *fato* (como defendem os marxistas ou os economistas do Direito. O Direito, embora tenha uma dimensão econômica que o envolva e nele interfira, não é Economia); que lhe veem como um mero instrumento de dominação de classes ou apenas como valor (como pensam os seguidores do Direito Natural).

O Direito é uma *realidade humana*; um produto do homem, imediatamente decorrente de sua dimensão naturalmente social, é dizer, ele é algo elaborado pelo homem e *a partir da realidade humana*. Por isso, o Direito não é qualquer coisa que possa ser identificada com as ciências naturais ou com as leis naturais, destarte, regidas, invariavelmente, pela lei de causa e efeito.

Isso porque, como realidade e criação do homem, *o Direito reclama intervenção da vontade humana na sua produção*. Ele exprime regras de conduta para o homem (ou homens); as regras de Direito *são feitas por homens e para homens e traduzirão aquilo que o homem elege*. Daí que, ao contrário das leis naturais (invioláveis), que seguem a lógica do *ser*, o Direito e as leis jurídicas (violáveis) seguem a lógica do *dever-ser*.

Sendo o Direito uma realidade humana, algumas conclusões, de plano, se pode extrair: primeiro, que o Direito não pode ser entendido como o discurso dos fortes, nem reduzido ao discurso do poder; segundo, que *o homem é anterior ao Direito*; terceiro,

que, *se o Direito é obra humana, logo, o homem é pressuposto necessário do Direito*; quarto, que, tendo no homem o seu pressuposto, *é também no homem, enquanto seu autor e destinatário, que o Direito irá buscar o seu referencial, o seu valor-fonte*; quinto, se o Direito busca no homem o seu referencial, seu valor-fonte, o conteúdo do Direito não pode se afastar dos elementos essenciais do ser humano, dentre os quais, a liberdade, a segurança e a justiça, em todas as suas formas de expressão, dentre as quais, a solidariedade; e, sexto, que esses valores e elementos essenciais do ser humano devem necessariamente corresponder aos fins do Direito.

Por conseguinte, é possível afirmar que *o Direito não é um fato ou um evento da natureza que independa da atuação humana, mas um construído que tem no homem sua origem, sua fonte primeira e sua finalidade*, isto é, ele existe para o homem e está a seu serviço, apresentando-se, portanto, vinculado aos elementos e valores essenciais que são indissociáveis do ser humano e conformam o conteúdo de sua dignidade imanente.

E por assim ser, *“pode dizer-se que a configuração do Direito como realidade humana se projecta também no fundamento e na razão de ser do Direito: é no homem e na sua dignidade sagrada e inalienável que o Direito encontra sua razão de ser e o seu fundamento último”*¹⁰²⁰. Eis aí a premissa ou a verdade absoluta, imutável, intangível e universal do Direito em que depositamos nossa convicção e a nossa fé, desde o início dessa investigação, a propósito de questionarmos a existência de valores absolutos, universais, imutáveis: em todos os tempos, em todos os lugares e para todos os indivíduos, o homem, como realidade concreta, e sua dignidade intrínseca, constituem o fundamento de base essencial de absolutamente tudo que existe, inclusive o Direito e, por assim ser, constitui, também, o princípio fundamental e inarredável da Filosofia do Direito.

A partir da premissa de que o homem e sua dignidade são o fundamento último do Direito e o princípio fundante da Filosofia do Direito, ambos não podendo desprezar a essência do homem nem ser omisso quanto a ela, é possível inferir que há uma *limitação conteudística na própria ideia de Direito, ao menos sob o aspecto de sua validade*.

Isso importa reconhecer que o homem não é totalmente livre na conformação do Direito que cria, na medida em que os elementos essenciais do ser humano se projetam para o seu conteúdo, *fazendo com que a dignidade da pessoa humana seja o seu vetor, o*

¹⁰²⁰ Com sinaliza, com propriedade, Paulo Otero, in *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. V I, 1º Tomo, p.54.

seu norte, o seu paradigma, bem como a sua baliza nessa produção normativa jurídica; ela, a dignidade do homem, no mínimo, condiciona a validade do Direito produzido, independente da fonte.

O Direito de que falamos aqui não se identifica com o paradigma do Direito Natural, que trazia como pressuposto a noção de imutabilidade de certos princípios, que escapavam à História e à universalidade desses mesmos princípios, que transcendiam a Geografia, isto é, princípios que são dados - e não construídos, não convencioneados, aos quais o homem tem acesso por meio da razão comum a todos os seres humanos - que, até o século XVIII, como destacou Celso Lafer¹⁰²¹, “*foi capaz de lidar com os problemas da crescente secularização, sistematização, positivação e texturização do Direito*” e que, em verdade, como sublinhou o mesmo autor, “*foi muito mais uma crença generalizada, que se imbricou com sua própria realidade durante a sua multissecular vigência histórica*”.¹⁰²²

Cuida-se de um Direito pensado em outro paradigma: o paradigma da verdadeira Filosofia do Direito, onde ele deixa de ser uma *crença* para assumir-se como *ideia*, a ideia de Direito cuja leitura não pode se reduzir a um processo de positivação pelo Estado, nem pode ser compreendido exclusivamente como instrumento de gestão, de dominação, de comando de estímulos e desestímulos de condutas humanas.

No paradigma da Filosofia do Direito, se este deixou de ser encarado como algo dado pela razão comum e que por ela permitia qualificarem-se as ações humanas como boas ou más, também o Direito não se circunscreve, ilimitada e exclusivamente, a algo posto ou positivado direta ou indiretamente pelo poder que o estabelece, nem admite que seu conteúdo seja qualquer um, conforme a vontade do poder em distintas sociedades, sujeito à absoluta mutabilidade no tempo e particularismo no espaço, independente de seu conteúdo, daí porque o paradigma da Filosofia do Direito determina uma contínua vinculação entre normas e valores e, conseqüentemente, entre Direito, Moral, Ética e outras ciências, a reelaborar o fio de continuidade da passagem da dimensão axiológica irreduzível do Direito, de geração para geração, superando a historicidade e o aspecto geográfico.

Como acentua Celso Lafer¹⁰²³, “*o paradigma da Filosofia do Direito não é, para usar uma sugestiva distinção dicotômica de Ortega Y Gasset, uma crença na qual se*

¹⁰²¹ In *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. 1ª impr. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p.16.

¹⁰²² In *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. 1ª impr. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p.17.

¹⁰²³ In *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. 1ª impr. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p.17.

está, mas uma ideia a que se chegou pelo esforço pessoal e individualizado dos jusfilósofos”.

Em outras palavras, já não sendo uma crença, mas caracterizado como uma ideia, vinculado a valores, encontrando seu princípio fundante no ser humano e na sua dignidade inviolável em qualquer tempo, em qualquer lugar, seja em que ambiente social for, é possível afirmar que esse mesmo princípio estruturante - o homem e a dignidade da pessoa humana - irá limitar e delimitar a atuação do homem na produção do Direito.

É esse princípio instaurador ou inaugurador da Filosofia do Direito que configura a premissa ou verdade universal, imutável, intangível e absoluta que irá legitimar ou deslegitimar essa nossa compreensão de Direito, assim como irá repercutir na questão da obrigatoriedade de obediência a esse Direito produzido e, não raro, irá impor mesmo a desobediência de lei produzida com aviltamento do aludido fundamento.

Exemplificativamente, se amanhã o homem criasse uma lei que legitimasse a tortura para obter a confissão de um réu em processo criminal, a configuração do homem como pessoa e sua eminente dignidade (o que faz dele um ser único, irrepetível e insubstituível) como fundamento último do Direito, o conteúdo dessa lei estaria a impor a sua desobediência¹⁰²⁴, porque atentatória à essência do Direito, na medida em que ela aviltaria a dignidade da pessoa humana. O mesmo ocorreria se um Estado editasse, por exemplo, uma lei admitindo o aborto voluntário em casos em que identificada previamente alguma anomalia física ou mental do nascituro, cuja natureza não impedisse a sua sobrevivência após o parto.¹⁰²⁵

¹⁰²⁴ O problema que aqui se coloca diz com a substancial inconstitucionalidade da lei injusta de que trata Juarez Freitas (in *A Substancial Inconstitucionalidade da Lei Injusta*). Também o direito de infringir a lei de que fala Ronald Dworkin (in *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martin Fontes, 2002, pp. 286-287), ao sublinhar que “*mesmo uma sociedade em princípio justa pode produzir leis e políticas injustas, e um homem tem outros deveres além daqueles para com o Estado*”.

¹⁰²⁵ Faz-se a ressalva, porque, em julho de 2004, o Ministro do STF Marco Aurélio de Mello dispensou, liminarmente, as mulheres grávidas de fetos com anaencefalia (sem cérebro formado) de qualquer autorização judicial para efetivar o aborto, apesar de este continuar tipificado como crime na legislação penal brasileira. Adiante, a decisão liminar foi cassada pelo Colegiado. Porém, em Sessão realizada em 12 de abril de 2012, por maioria de votos (8x2), o Plenário do Supremo Tribunal Federal proferiu histórica decisão, com eficácia *erga omnes*, confirmando aquela monocraticamente pronunciada pelo Relator Ministro Marco Aurélio de Mello, no bojo da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Em suma, disse o STF, em última palavra, que a antecipação do parto em caso de gravidez de feto anencéfalo acolhe a dignidade humana da mãe, que se vê obrigada a carregar no ventre um feto que não teria condições de sobreviver após o parto, no que estamos inteiramente de acordo, porque a justificação é suficiente e repousa igualmente na dignidade da pessoa da mãe, cuja gravidez, nessas circunstâncias, não perde a condição de pessoa e sua intrínseca dignidade. Equivale à verdadeira tortura, ao nosso modo de ver, em tais circunstâncias, a submissão da mulher, pelo Estado, à obrigação de portar no ventre um natimorto, além de uma heresia jurídica, quando, em contraponto, autoriza aborto quando a gravidez é oriunda de estupro. Na

Nesse contexto de elementos e valores essenciais, o homem e a sua dignidade intrínseca e inalienável, enquanto valor-fonte do Direito, afirmam-se como o fundamento e o limite do Direito, o que implica reconhecer que toda a compreensão do jurídico deve necessariamente partir da pessoa humana, daquele ser que, no primeiro capítulo definimos como único, irrepetível, insubstituível e que não é uma síntese entre o individualismo e o socialismo - até porque não se trata de um jogo de opostos, razão de nossa crítica ao personalismo na proposição de Jacques Maritain - e que carrega em si a humanidade toda, que é individual primeiramente, mas, necessariamente social. Essa é também a premissa de análise imprescindível a qualquer processo hermenêutico (mesmo na percepção Construtivista), pois ele *“acaba por constituir critério último aferidor da validade, da obrigatoriedade e da obediência do próprio Direito”*.¹⁰²⁶

O Direito, portanto, enquanto criação humana, não se circunscreve ao seu aspecto formal; ele é forma e matéria, possuindo, assim, também e necessariamente, além de uma grandeza ou magnitude formal, uma dimensão axiológica dele inarredável - bem ao revés do afirmado pelo Positivismo Jurídico -, cujo núcleo essencial radica na pessoa humana e sua dignidade imanente, porquanto nela encontra o seu fundamento ou base de sustentação como sua teleologia.

Nessa linha de raciocínio, pode-se dizer que o Direito traduz, sim, para além de seu aspecto formal, um sistema de valores, uma dimensão axiológica fundamental, esta centrada, tendo por âmago, o homem e sua dignidade que condicionam a sua existência material e a sua validade. Cuida-se de uma substância composta de forma e matéria, cujo princípio retrorreferido lhe dá contorno e determinação.

Pensando-o segundo uma perspectiva aristotélica, o Direito seria aquilo que o Estagirita compreendeu como o sujeito lógico da linguagem da gramática (o ser em si), e a liberdade, a segurança e a justiça corresponderiam à sua essência (predicativos

proclamação do julgamento, o STF declarou a inconstitucionalidade de qualquer interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefalo é crime tipificado no Código Penal. Vale o registro dos argumentos dos votos em contrário (a decisão pode ser lida na íntegra no Portal do Supremo Tribunal Federal - www.stf.gov.jus, em todos os detalhes, para onde remetemos o leitor, porque o tema refoge, em muito, o objeto de nossa pesquisa), dentre os quais o do Ministro Ricardo Lewandowski, no sentido de violação do princípio da separação dos poderes e do princípio básico da conservação das normas, quando é possível uma interpretação conforme a Constituição, sempre na lógica do razoável. Segundo ele, anencefalia é, na verdade, falta de parte do cérebro, difícil de ser avaliada, e o STF não pode modificar ou interpretar uma lei aprovada pelo Congresso (o Código Penal), abrindo condições para “abortos em série”.

¹⁰²⁶ OTERO, Paulo, in *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. V. I, 1º Tomo, p. 56.

necessários do ser, constituindo assim, o núcleo duro do sujeito lógico, sem prejuízo de haver também outras essências, mas estas acidentais, não necessárias).¹⁰²⁷

A essência do Direito, por conseguinte, é indisponível ao homem. A dignidade humana é uma verdade e um valor absoluto a condicionar todo o Direito assim como a deslegitimar toda a produção jurídica que não a leve em conta.

Sendo o homem um ser naturalmente social¹⁰²⁸ - que não pode ser separado de sua vivência em comunidade -, na medida em que a pessoa humana é ela mesma uma realidade relacional (individual e social) como vimos de afirmar em inúmeras oportunidades anteriores, também o será o próprio Direito.

Enquanto realidade social, o Direito aparece segundo “*um resultado de emergir e se construir como realidade humana*”¹⁰²⁹, porque existe justamente em razão do contexto social em que o próprio homem nasce inserido (família, grupo, comunidade, sociedade, Estado, Comunidade Internacional).

Se a essência do Direito é indisponível ao homem no contexto relacional, o será também e pelos mesmos fundamentos, indisponível às sociedades, aqui considerando o estado social como inerente à condição humana, uma vez que ele surge da necessidade, mais que isso, da imprescindibilidade de os indivíduos viverem uns com os outros para o desenvolvimento de sua personalidade (de sua condição de pessoa) e para a realização de seus fins últimos, porquanto só no ambiente relacional é que o homem é capaz de satisfazer suas necessidades individuais e coletivas, sejam elas materiais ou imateriais (psicológicas e espirituais), numa compreensão de plenitude.

Por isso renova-se a ideia de que colocar o homem como escravo de leis, independente do seu conteúdo, equivale a absorvê-lo pela ideia de poder. Daí a imprescindibilidade de desenvolver uma Filosofia do Direito de matriz antropológica e de caris personalista, agregando valor ético ao ser humano, elevando sua dignidade à essência de seu imperativo categórico, como anteriormente abordamos neste estudo.

¹⁰²⁷ Vale lembrar que quando analisamos na primeira parte deste estudo o pensamento aristotélico, dissemos que a sua filosofia abandona, em dado momento, a *Dialética*, e passa a analisar o mundo segundo uma estrutura gramatical lógica em que, nas coisas (sujeitos lógicos da gramática), o predicado necessário (e não meramente permitido) corresponde à essência, e que a essência é a substância determinada por sua característica necessária. Em se tratando do Direito, tais características serão, em nosso entendimento, justamente a justiça em suas distintas formas de expressão, dentre as quais, a justiça social e distributiva, a segurança e a liberdade, porquanto valores necessários para o Direito ser o que é.

¹⁰²⁸ Embora não seja pacífico o entendimento em torno da natureza social do homem, Paulo Otero (in *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. Vol. I, 1º Tomo, p.57) traz um primoroso argumento em favor dessa tese: o fato da pena de prisão, enquanto privação de liberdade, é dizer, o afastamento do homem de seu convívio social é uma das mais graves penalidades que o homem pode sofrer.

¹⁰²⁹ OTERO, Paulo, in *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. V. I, 1º Tomo, p.57.

Essa postura demanda abandonar, em definitivo, as concepções estaduais, ideológicas e ou reducionistas da força normativa da Constituição, porque, nem o Direito Constitucional, nem a Constituição, tampouco o próprio fenômeno constitucional, podem deixar de assumir essa posição ou caráter antropocentrismo-personalista que defendemos.

Nesse sentido igualmente se posicionou Yaniv Roznai em tese que submeteu ao Departamento de Direito da Escola de Economia de Londres para obtenção do grau de PHD (Doctor of Philosophy), em fevereiro de 2014, intitulada *“Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers”*. Observa, Yaniv Roznai¹⁰³⁰, que o termo Constituição *“is used to denote the narrow sense of the term, i.e., the cluster of supreme principles and rules, typically set in a written legal document (or a set of such documents), which establish and regulate the state’s basic institutional arrangements and practices and express the nation’s most enduring values”*.

Todavia, Yaniv Roznai também lembra que *“not every state that has a constitution (in that sense) is a constitutional state. Some constitutions are facade/sham constitutions, in that they exist for ‘cosmetic’ purposes only and have no effect in reality. Others are in line with the political reality but do not impose binding rules upon it; on the contrary, they reinforce governmental power”*.

O constitucionalismo que embasa a tese do autor supra - e também, em larga medida, a nossa investigação - é aquele identificado sob certas condições, tais como: o reconhecimento das pessoas e sua dignidade como o fundamento de toda autoridade governamental; a Constituição deve ser, por isso, em princípio, suprema, mas supremacia que decorre do sentido de carregar o *status* normativo mais elevado em termos de hierarquia no Direito interno; a Constituição deve regular os limites do poder político e ela demanda aderência e respeito incondicional pelos direitos fundamentais.

Isso equivale dizer, em outra formulação, que nem o Estado nem o Poder podem ser compreendidos desde o paradigma proposto, como a centralidade da Constituição, do Direito Constitucional e do próprio fenômeno constitucional, posição essa reservada incondicionalmente ao homem, em sua dimensão primeiramente individual, mas, necessariamente social e sua dignidade imanente, da qual não se dissocia a justiça, nem sua forma de expressão que é a solidariedade, permitindo-nos afirmá-la, uma vez mais, como imanente do próprio ser humano e sua dignidade e, portanto, enquanto categoria

1030 ROZNAI, Yaniv, in *theses.lse.ac.uk*, p.5, acesso em 04-03-2019.

inata, conformando, junto de outros elementos essenciais, o cerne e a teleologia do Direito.

A Filosofia antropológica-personalista que defendemos significa nada menos do que firmar o ser humano como uma realidade concreta, única, irrepetível e insubstituível, naturalmente social e, portanto, portador de uma dimensão social inata, da qual decorre o reconhecimento da absoluta insuficiência de cada indivíduo, dotado de consciência moral e linguagem para satisfazer suas próprias necessidades (materiais e imateriais), na medida em que esta se acha baseada em um sistema de dependências recíprocas ou solidariedade em que a subsistência, o bem-estar e a própria existência jurídica do indivíduo estão ligados à subsistência, ao bem-estar e à existência jurídica de todos¹⁰³¹, especialmente como decorrência das naturais forças integradoras do homem em contextos sociais, como o amor, o afeto, a lealdade, a mutualidade, a fé religiosa, a tradição (identidade) e a força do costume, dentre outros.

A vida em comunidade afigura-se um elemento natural e constitutivo da condição humana. Isso não significa que a pessoa não possa sobreviver, excepcionalmente, de forma isolada.¹⁰³² Mas entre sobreviver e viver, para o homem, existe uma enorme diferença; então, a posição que queremos demarcar é a de que, sozinha, a pessoa não alcança a sua *plenitude* nem o *reconhecimento*, pois, para ela, enquanto humana, repita-se, o ser não é um mero existir, como ocorre com os animais; isolada, não realiza as suas potencialidades nem desenvolve integralmente a sua personalidade. Sua dignidade é também plural e carece do ser com o outro.

Obviamente que a plenitude, o reconhecimento, a realização das potencialidades e o desenvolvimento da personalidade estão diretamente ligados à satisfação das necessidades humanas e estas exigiram, desde os tempos primitivos, que se estabelecessem formas estáveis de associação, a principiar pela família, notadamente pela força do amor e do afeto, mas, também, os grupos, as comunidades, as associações, o próprio Estado e a comunidade de Estados, muito especialmente pelas forças

¹⁰³¹ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, in *Princípios da Filosofia do Direito*. 2ª ed. Brasília: Editora UNB, 1995, pp.9 e s.

¹⁰³² Mario Sérgio Cortela, nesse aspecto, ao abordar *A Ambiguidade Da Solidão* (in *Não Nascermos Prontos*. Petrópolis: Editora Vozes, 2013, pp.73-74), contrapõe à fábula de Jean de La Fontain quando afirmava que é bem melhor sozinho do que com os tolos, a ideia do pensador Paul Valéry, quando afirmou que um homem sozinho está sempre em má companhia, ideia que vai complementada por Cortella, segundo uma compreensão de que ninguém é uma ilha, e que a base da sociabilidade autoprotetora está em partir da constatação de que, conformano-nos em viver em agrupamentos, e não em comunidades, estamos continuamente mal-acompanhados. Para o Filósofo, *solidão* e solidariedade são termos separados apenas na aparência, jamais em conteúdo, pois solidariedade vem de *solidez*, daquilo que consolida e dá firmeza à vida coletiva, e que a quebra de fraternidade nos incomoda e entristece.

integrativas acima referidas (amizade, fé, bem-estar, interesses comuns, a tradição e os costumes, entre outros).

Observe-se, pois, que o homem sempre constituiu o cerne e a origem de todas essas associações e foi invariavelmente um pressuposto lógico das mesmas. Resulta a conclusão de que o homem é o pressuposto lógico e ontológico de todas essas formas de associação. Então, não só o Direito existe para o homem como também a sociedade e o Estado têm na pessoa humana seu cerne, sua razão de ser: o homem é o fundamento e o fim da sociedade, do Direito e do Estado, pois o ser humano tem a primazia não só na construção do Direito, inclusive e sobremaneira, do Direito Constitucional, postura que permite afirmar que, ao se elevar o homem e sua dignidade inalienável ao centro do fenômeno constitucional, forçoso é reconhecer que tal centralidade ordena a verdadeira *Essência da Constituição*, em oposição a Ferdinand Lassalle, que a pensou como “as forças reais do poder” que alimentam e subjazem à Constituição.

Em face da vocação imanente do ser humano para viver em grupo, sua dimensão necessariamente social, em sua vivência comunitária, o homem, desde os primórdios, estabeleceu vários tipos de relações, desde aquelas meramente comunitárias, que se originam em decorrência de uma identidade, comunhão ou coincidência de ideias, valores, confiança, fé ou outros sentimentos entre pessoas, até as de natureza contratual, de dominação (que expressam autoridade, inclusive com a ameaça ou com o efetivo uso da força para fazer valer essa autoridade sobre a vontade dos demais) e conflituais.

Foram justamente essas relações que tornaram necessário um conjunto de normas que as regulasse e o estudo da história das civilizações demonstra que a sociedade, em seus vários graus de desenvolvimento, inclusive os mais primitivos, sempre esteve erigida segundo regras de convivência, não necessariamente escritas ou jurídicas, antes e independente de qualquer entidade estatal, o que demonstra que *o próprio Direito é algo anterior ao Estado e natural do homem*, na medida em que *a ordem se impõe ao convívio em sociedade como corolário de qualquer ordem social*.

Na convivência humana, com o estabelecimento de formas mais estáveis de associações, também podemos afirmar ser natural o surgimento não só de normas organizatórias e de funcionamento da sociedade, mas, também, normas de relacionamento que, destarte, foram as primeiras a se conformar em normas jurídicas, tanto aquelas a disciplinar relações entre indivíduos que estão, em princípio, em uma posição jurídica de igualdade jurídica (ligadas à origem das normas de Direito Privado), como aquelas a disciplinar relações entre membros dotados de uma relação de força

diferenciada, em que um detém sobre os demais poderes de autoridade (associadas à origem das norma de Direito Público).

Em qualquer caso, o Direito enquanto realidade social inerente à condição humana, que, na sua essência, não se encontra na disponibilidade da vontade do homem, também é, em eu fundamento de base, indisponível às maiorias e mesmo à unanimidade.¹⁰³³

Isso nos permite afastar a definição formalista do Direito como um conjunto de normas, em sentido *lato*, emanadas de *uma autoridade estatal e produzidas em conformidade com uma lei anterior, a partir da Constituição*, porque esse conceito é incompleto e pode não coincidir com a ideia mesma de Direito, pois mesmo sociedades justas podem produzir leis injustas; o Direito “*não pode ser somente forma, sob pena de perecer com ela*”¹⁰³⁴. Disso decorre que o Direito não pode fechar os olhos para valores, muito especialmente, para o seu referencial essencial - o homem e sua dignidade -, pena de configurar o *não-Direito* e a condená-lo a ser essencialmente arbitrário ou uma pauta simples decisional veiculatória da vontade dos titulares do poder político convertido em lei.

Como afirmamos alhures, o Direito, antes de tudo, traduz um sistema de valores; ele contém uma dimensão formal, mas também e irrefutavelmente, uma dimensão axiológica fundamental, centrada em um valor absoluto, universal, válido para todos os tempos e para todos os lugares, que é o homem e sua dignidade, que condicionam a sua existência material do Direito e a sua validade.

¹⁰³³ É dessa perspectiva que parte Ronald Dworking (in *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martin Fontes, 2002, pp.283 e s), ao sustentar, por exemplo, os direitos fundamentais como trunfo, uma espécie de naípe escolhido no jogo de cartas, e que vence os outros. O autor emprega a metáfora do trunfo para significar que a posições jurídicas ativas individuais atuam como tal, protegendo o indivíduo contra qualquer pretensão estatal de impor restrições à sua liberdade. Os direitos fundamentais como Trunfos, como ensina Jorge Reis Novais (in *Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006, p.28), funcionariam como uma espécie de *blindagem*, uma trincheira, que asseguram “*os bens de liberdade e autonomia individual contra decisões políticas, mesmo que estas se pretendam justificar na necessidade de limitação da liberdade individual, em nome da obtenção do bem da comunidade como um todo ou de uma concepção particular de vida boa*”. Num Estado de Direito fundado na dignidade da pessoa humana, a opinião de um indivíduo, a possibilidade de vir a exprimi-la, de lutar pelas suas ideias e ideais e de viver segundo os seus próprios padrões tem a mesma valia que a opinião de outros. Nesse modelo de sociedade, a consagração dos direitos fundamentais implica a existência de uma esfera de autonomia e de liberdade individual que a maioria não pode comprimir ou restringir pelo simples fato de ser a maioria ou pela mera circunstância dessa autonomia individual se orientar em sentido hostilizado ou rejeitado pela maioria. Daí a adequação da expressão “trunfo”, para significar que a decisão de muitos, ainda que democrática, não pode afastar o direito fundamental de um, por conformar a primazia da dignidade da pessoa humana.

¹⁰³⁴ FREITAS, Juarez, in *A Substancial Constitucionalidade da Lei Injusta*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1989, p.17.

Há que se concluir que nem a vontade individual do homem, nem a maioria nem a totalidade dos membros de uma sociedade podem definir como Direito algo que avilte o homem e sua dignidade.

Criada, contudo, uma associação estável - a sociedade -, ela adquire uma existência própria. Ou seja, ela não pode ser compreendida como a soma de seus membros: sua institucionalização lhe dá uma existência autônoma, destacada da vontade de todos ou da maioria de seus componentes (seja a família, a comunidade, a sociedade, o Estado, a Comunidade Internacional). Essa independência reconhece a cada uma dessas sociedades, nos vários estratos da vida social, a persecução de interesses gerais e coletivos - o *bem comum* - que podem não concorrer com os interesses individuais de cada um dos seus membros, mas que realizam, ainda assim, uma dimensão da mesma dignidade.

Em outros termos, nessa sociedade institucionalizada e com existência destacada de seus membros, a persecução de interesses gerais e coletivos pode impor limites à vontade individual de cada uma de suas partes (cada indivíduo), o que importa admitir que o Estado, enquanto uma modalidade de sociedade política, pode, em nome da necessidade de perseguir utilidades de *bem comum político* no fito de realizar a Justiça Política, notadamente de bem-estar ou mesmo finalidades coletivas, seja de domínio econômico, social ou cultural, impor aos indivíduos deveres restritivos de sua liberdade individual, em seu detrimento, com fundamentação suficiente em necessidades emergentes, exigências de justiça social.

Exemplificativamente, “ninguém tem interesse de pagar impostos, porém, o interesse coletivo determina que, por razões de bem comum de todos os membros da sociedade, sejam pagos impostos como forma de contribuir com a segurança, a defesa, a justiça, e o bem estar de cada um e de todos”.¹⁰³⁵

Por outro lado vale lembrar que, mesmo aí não há interesse geral ou coletivo, seja por vontade da maioria ou da totalidade de uma sociedade, que possa justificar a violação da dignidade da pessoa humana - conceito bipartido cujo conteúdo já desenvolvemos em páginas anteriores -, na medida em que a essência do Direito é um reduto impermeável a quaisquer intervenções sedimentadas na ideia de vontade coletiva ou vontade geral, com mais razão, aquelas travestidas de *bem comum* mas que, em última instância, não ultrapassam o plano do poder a serviço do interesse pessoal do governante.

¹⁰³⁵ OTERO, Paulo, in *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. V. I, 1º Tomo, p.72.

Entre o Direito e a sociedade, há que se deduzir, existe autonomia; mas, por outro lado, também há entre eles mútua influência e interdependência: ora o Direito irá influenciar a sociedade; ora a sociedade irá influenciar o Direito; ora ele terá existência de forma completamente independente da sociedade.

Essa correlação significa dizer que nem só o legislador se limita a captar a existência de regras sociais para transformá-las em normas jurídicas e garantir-lhe a obediência, nem o Direito se autonomiza totalmente da sociedade, de sorte que este não pode ser compreendido apenas no âmbito de suas categorias internas como algo sem relação com o meio social em que conformado.

As normas costumeiras comprovam essa influência da sociedade sobre o Direito e mostram como a sociedade, por vezes, é produtora direta de normas jurídicas. Nesse caso, aquela serve de fonte ao Direito que, em síntese, irá procurar acolher, em termos jurídicos, as aspirações, os anseios, as percepções da sociedade, captando a realidade social para transformá-la em norma jurídica, sendo-lhe, portanto, sua característica a mutabilidade, seja por meio de reforma legislativa, seja pela via interpretativa.

Sim, pois na medida em que a realidade social constitui fonte do Direito, este deve ser assimilado como suscetível às suas mudanças, às transformações sociais e às alterações de valores individuais e coletivos vivenciados pela sociedade cambiante.

Nessa passagem, contudo, seja qual for a transformação social verificada, a legitimidade do Direito exige, em qualquer caso, a observância do seu paradigma de validade ou o valor substancial do Direito que é a dignidade da pessoa humana, substrato axiológico esse que afirma a igualdade de todas as pessoas em natureza e substância, a pluralidade humana, e afiança a insuscetibilidade de seu tratamento objetificado ou coisificado como meros objetos na mão do poder estatal.

A perspectiva da sociedade como fonte do Direito, por outro lado, demonstra, sem dúvida, que nem todo o Direito resulta de um processo voluntário de formação oriundo de órgãos de poder político institucionalizado, já que há condutas que a própria sociedade define e aplica (vive), e cuja prática reiterada adquire convicção de obrigatoriedade, independente de sua normatização jurídica. Cogência, portanto, não é atributo exclusivo da normatização jurídica. *"O Direito pode se limitar a reproduzir uma consciência de obrigatoriedade que o antecede, reconhecendo-a tão somente pelo seu acolhimento em termos normativos"*.

Entretanto, forçoso é constatar que nem sempre o Direito se limita a captar e a reproduzir as aspirações, os anseios, as percepções da sociedade para, por meio de um

consenso majoritário, transformá-los em lei. Isso porque o Direito, em que pese influenciado pela pré-determinação social - o que a sociedade quer; o que a sociedade compreende, desenvolve e pratica como Direito -, não pode legitimá-lo independente do conteúdo desse querer.

Primeiro, porque o Direito não pode deixar de levar em conta interesses coletivos que independem de qualquer consenso social, seja majoritário, seja da unanimidade, dentre os quais aqueles que dizem respeito à própria sobrevivência e o desenvolvimento da sociedade.

Além desse aspecto pontual, há que se ter presente, como bem pontua Paulo Otero¹⁰³⁶ que, ainda que exista “*um obscurecimento ou ofuscamento da consciência da sociedade relativamente a certos comportamentos que são maus ou reprováveis por natureza*”, não há maiorias, unanimidades ou consensos sociais que possam transformar o mal em bem, de sorte que “*o Direito nunca pode reproduzir ou consagrar tais impulsos sociais contrários a valores fundamentais transcendentais ligados à dignidade da pessoa humana*”, o que põe em evidência o caráter transformador do Direito e seu potencial de redefinir a própria sociedade.

Cuida-se aqui, em sentido inverso do que acabamos de analisar, de um papel promocional do Direito na transformação da sociedade, fenômeno que bem pode ser sentido na alteração da postura do Estado Liberal para o Estado Social, quando a neutralidade deu lugar a uma atuação intervencionista sobre a sociedade civil, buscando transformá-la no sentido de melhorar as condições de vida das pessoas, às quais se passou a reconhecer, com caráter de fundamentalidade, direitos econômicos, sociais e culturais que reclamam prestações positivas de parte dos poderes públicos na sua implementação como parte integrante da mesma dignidade do homem, naturalmente tendo por base aqueles mesmos elementos essenciais com os quais o predicamos: liberdade, segurança, justiça, inclusive em sua forma de se expressar como solidariedade, realizando o *bem comum*, concretizando-se por meios de deveres fundamentais.

Nesse contexto, o Direito assume também a função de *instrumento*, uma ferramenta por meio da qual o Estado pode e deve concretizar tais prestações (ações). Essa postura *voluntarista* do Direito bem pode ser sentida em Estados constitucionais que sancionam com a inconstitucionalidade as omissões legislativas voltadas à implementação das

¹⁰³⁶ OTERO, Paulo, in *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. V. I, 1º Tomo, p.81.

disposições tendentes à transformação da sociedade na construção do bem-estar de todos e de cada um.¹⁰³⁷

Não há, por outro lado, que refutar a influência derogatória da sociedade sobre o Direito. Não basta o *voluntarismo* do Direito e seu intuito de transformação social se a sociedade o rejeitar, adotando comportamento de exclusão de sua aplicação ou mesmo a prática geral contrária, em convicção de sua não obrigatoriedade, a despeito do elemento que tem sido apontado como marca distintiva do Direito que é a *cogência* (força), tudo a demonstrar que um voluntarismo exacerbado das normas jurídicas pode acarretar a falta de efetividade do Direito - neutralizar-lhe a cogência -, pela sua inobservância por parte da sociedade, tudo a comprovar a interdependência entre Direito e Sociedade, bem como a demonstrar a importância da aceitação social para efeitos de constrição ou sob o prisma de sua efetividade.¹⁰³⁸

Em que pese essa interdependência, ainda é possível verificarmos situações de completa ruptura entre eles. Isso pode acontecer tanto em face de uma ação coletiva pública de recusa de obediência, pela sociedade, de uma (ou de várias) norma jurídica, fenômeno designado *desobediência civil*¹⁰³⁹, em que se verifica a recusa não violenta de observância de norma(s); em razão de uma recusa individual de obediência por objeção de consciência ou moral; em função de uma reação objetiva individual contra atos ilegítimos do Poder Público, aviltantes à dignidade humana, consubstanciada no direito de resistência; e, por fim, poderemos verificar situações de rupturas originadas por meios violentos - revolução -, que colocam em causa a própria ordem constitucional vigente¹⁰⁴⁰. Mesmo aí, o sucesso da nova ordem irá depender, sobretudo, de sua compatibilidade com a *consciência social*, pois é isso que, em boa verdade, permite às normas jurídicas se imporem e lhes permite adquirir coercitibilidade. Elas precisam se

¹⁰³⁷ É o caso do Brasil, consoante já citamos, que consagra nos artigos 102 e 103 da Constituição, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, em que a Corte Constitucional (STF) vai impor ao Legislador legislar sob determinado tema com o qual foi omissivo.

¹⁰³⁸ Um bom exemplo disso, no sistema jurídico brasileiro, foi a derrogação do crime de adultério, antes tipificado no artigo 240 do Código Penal.

¹⁰³⁹ Que não se reduz à ideia de desacato à lei, nem se compraz com a de anarquia, conspiração ou subversão, mas com uma incompatibilidade justificada entre a lei e a consciência moral de uma determinada sociedade. Porém, fica apenas o registro, pois o tema vai além de nossa proposta investigatória.

¹⁰⁴⁰ Paulo Otero (in *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. V. I, 1º Tomo, pp.91-92) aqui também acentua a questão da interdependência entre o Direito e o consenso social. É que, com a revolução, verifica-se uma ruptura com a ideia de Direito anterior, abrindo-se à implementação de uma ideia nova que será, igualmente, determinante do sucesso ou do insucesso da alteração política revolucionária, na medida em que o Direito produzido pelo novo poder político resgate essa interdependência que reflete um modelo de mútua influência.

harmonizar com algo exterior que é a consciência social, sob pena de não serem reconhecidas e, como tal, não gerarem no seio social convicção pela sua obediência.

Nesse sentido, Leon Duguit¹⁰⁴¹ destacou que *“o homem vive em sociedade e só pode assim viver; a sociedade mantém-se apenas pela solidariedade que une seus indivíduos. Assim uma regra de conduta impõe-se ao homem social pelas próprias contingências contextuais, e esta regra pode formular-se do seguinte modo: não praticar nada que possa atentar contra a solidariedade social sob qualquer das suas formas e, com isso, realizar toda atividade propícia a desenvolvê-la organicamente. O direito objetivo resume-se nesta fórmula, e a lei positiva, para ser legítima, deve ser a expressão e o desenvolvimento deste princípio. (...) A regra de direito é social pelo seu fundamento, no sentido de que só existe porque os homens vivem em sociedade”*, no que lhe conferimos, em boa medida, razão, embora insuficiente quanto ao seu fundamento último.

Pois bem. Se o homem vive e só pode viver em sociedade; se o estado social e o próprio Direito - sem o qual a sociedade e o convívio social não se mostram possíveis - são naturais do homem, assume relevância na compreensão do que é o Direito, verificar a sua função social, porquanto estruturante de todo o ordenamento jurídico, na medida em que o próprio Direito regula as relações de comunidade, sejam elas as existentes entre indivíduos em posição jurídica de igualdade, sejam relações de poder ou contratuais, bem como regula as soluções conflituais.

A função social do Direito está relacionada ao conteúdo da norma jurídica. *“A função social de determinada norma é alcançar o fim almejado pelo legislador, dentro de uma perspectiva potencialmente valorativa. Se o comportamento humano é delineado pela norma, então a disciplina inscrita no texto normativo deve alcançar o fim almejado pela tutela do Estado”*.¹⁰⁴²

O Direito, assim, se apresenta muito mais do que uma simples resposta aos problemas e conflitos naturais oriundos da convivência social. Em boa verdade, ele tem outras inúmeras funções na sociedade, dentre elas, a de orientação social, a prevenção de conflitos, a de legitimação do poder, a de proteção social, além da função sancionatória.

Em primeiro lugar, as normas jurídicas intentam influenciar comportamentos; elas procuram estabelecer modelos gerais de vida bem como alterar hábitos e posturas

¹⁰⁴¹ In *Fundamentos do Direito*. Revisão e Tradução: Márcio Pugliesi, São Paulo: Ícone, 1996. pp.25-26.

¹⁰⁴² CARVALHO, Francisco José. *Teoria da Função Social do Direito*. Curitiba: Editora Juruá, 2011, p. 112.

sociais. O Direito sempre envolve uma decisão valorativa prévia em torno de um modelo de comportamento em sociedade entendido como o mais adequado, que será acolhido em termos de normas jurídicas, escolha em que assume relevância invulgar o princípio democrático, na perspectiva da vontade da maioria ou de consenso social majoritário.

Em sua função orientadora da sociedade, o Direito poderá atuar quer proibindo condutas; quer impondo-as, notadamente por meio de *deveres*¹⁰⁴³, inclusive fundamentais, como poderá agir de forma promocional, usando a lei como proteção ou, ainda, como incentivo, além de poder atuar segundo um critério de tolerância, não interferindo sobre determinado fato social.

Necessário deixar claro que nem todas as condutas humanas são suscetíveis de orientação social pelo Direito; ao contrário, há algumas que são de tal modo protegidas que se mostram impassíveis de pré-determinação pelo Direito, seja porque integram um espaço de liberdade próprio da dignidade de cada indivíduo (educação religiosa em escola pública, por exemplo), seja porque integram um espaço de autonomia decisória institucional, segundo garantia da própria Constituição.

Não há, por outro lado, esquecer que há condutas humanas que não se apresentam com qualquer relevância ao Direito; outras que, embora possa até haver um interesse abstrato, configuram setores tradicionalmente esquecidos de intervenção jurídica. Ainda, existem aqueles setores que já foram objeto de disciplina jurídica, mas que passaram por um processo de desregulamentação, sendo, portanto, novamente projetados para fora do mundo jurídico, reentregues às forças disciplinadoras da sociedade civil.

O fato é que essa função de orientação social do Direito, norteador de comportamentos, gera *expectativas*. É justamente aí que ganham extraordinária importância os valores da certeza e da segurança jurídica como elementos inarredáveis de qualquer ideia de Direito, “*configurando-se mesmo como elementos integrantes do conceito constitucional de Estado de Direito democrático*” como bem enfatiza Paulo Otero¹⁰⁴⁴, pois esse requer estabilidade nas relações, o que demanda conhecimento prévio do Direito e segurança jurídica.

¹⁰⁴³ Émile Bréher (in *Historia de La Filosofia*. Tomo Tercero, Buenos Aires: Editorial Sudamericana, s/d, p. 205) já sinalizava que, “*pelo dever, o homem sabe, pois, que não é somente o que aparenta a si mesmo, isto é, uma parte do mundo sensível, um fragmento do determinismo universal, mas é também uma coisa em si, a fonte de suas próprias determinações*”.

¹⁰⁴⁴ In *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. Vol. I, 1º Tomo, p.98. Isso é determinante, conforme magistério do mesmo autor, que um comportamento permitido não possa passar a ser tido como proibido

O Direito, a par de sua função na solução de conflitos, atua preventivamente, antecipando-se às patologias das relações sociais, ditando, de antemão, a regra jurídica de conduta por que devem os membros de uma sociedade se pautar como forma de acautelar-se ou precaver-se de interesses conflitantes. Assim, a função do Direito na solução de conflitos - que surgem particularmente em face de interesses incompatíveis entre si - revela-se com caráter subsidiário; ela só entra em ação quando a função preventiva e orientadora não funcionar.

Enquanto instrumento de solução de conflitos de interesses, cumpre ao Direito definir quem tem razão, isto é, definir que interesse deve prevalecer em detrimento daquele que deve sucumbir.

Essa definição comporta não só a resolução material do conflito, como a definição de uma pauta de regras e formalidades que a decisão em si deve obedecer, seguindo um procedimento justo e imparcial com a participação de todos na formação da mesma decisão, ideia que conforma o *princípio do contraditório*.

Tanto em nível internacional como em nível interno, os conflitos em sociedade podem ser resolvidos por meios violentos ou pacíficos (jurisdicionais ou não¹⁰⁴⁵); mas o Direito impõe, nesse contexto, a regra de evitar o uso da ameaça e da força, empregáveis só excepcionalmente e pelo Estado na salvaguarda da paz, da segurança e da justiça. O desforço pessoal de autotutela é nesse ambiente excepcionalíssimo, e só se justifica em casos extremos em que o próprio direito corre o risco de lesão irreparável ou de periclitacão com o aguardo da tutela estatal.

A par da função de solução de conflitos, o Direito também tem a finalidade de limitação do poder. Com efeito, toda sociedade envolve a ideia de *poder* que lhe é intrínseca. Tal poder implica, de um lado, a possibilidade de alguns imporem aos demais um determinado comportamento que, em contrapartida, estabelece um dever de obediência para todos os integrantes dessa mesma sociedade.

O Direito tem, nesse contexto, uma função legitimadora desse poder, tanto sob o aspecto material como do ponto de vista formal; “*ele define os critérios de justificação*

retroativamente; que enquanto incentivador ou gerador de posições jurídicas futuras, não possa passar a ser proibido ou impossibilitado sem uma fundada justificação de razões de necessidade; ainda, que a alteração de normas de conduta que lesem posições jurídicas adquiridas de acordo com a norma anterior seja responsabilidade civil, em face dos valores da certeza e da segurança jurídica que integram a ideia de Direito (proteção da confiança).

¹⁰⁴⁵ Dentre os jurisdicionais iremos encontrar os tribunais judiciais formados por juízes, decisores que as partes não escolhem e que são anteriores aos conflitos; bem como os tribunais arbitrais, estes sim, designados pelas partes em conflito, podendo ser institucionalizados para os fins específicos ou terem, na linha dos tribunais judiciais, caráter permanente. Já entre os de caráter não jurisdicional, iremos encontrar as negociações diretas, os bons ofícios, a mediação e a conciliação.

do exercício da autoridade numa sociedade”¹⁰⁴⁶ ao mesmo tempo em que estabelece a quem competirá o exercício do poder dessa capacidade de escolhas em si. Logo, o Direito irá demarcar não só os objetivos da vivência em comum; a escolha das soluções de conformação de tais objetivos em realidade e a obtenção dos meios na consecução de tais fins, mas, também, a competência da escolha em si, dizendo a quem tocará deliberar sobre essas questões.

O poder se impõe, como é cediço, seja pelo seu acatamento voluntário (pelos seus destinatários), seja pelo recurso à força, e será, invariavelmente, por meio do Direito - cuja essência, vale lembrar, é indisponível ao homem e à sociedade -, que o poder achará sua legitimação, seja definindo as estruturas de decisão a quem elas competem, seja dizendo quais são os processos de designação dos titulares dessas estruturas de decisão, seja repartindo essas estruturas, seja estabelecendo os procedimentos de decisão e, sobretudo, determinando os limites conteudísticos da decisão que em nenhuma hipótese poderá, substancialmente, sob pena de deslegitimação, violar a essência material-axiológica do Direito que é, como já afirmado, o homem e a dignidade da pessoa humana. É daí que provém a legitimação normativa de qualquer autoridade.

Verifica-se, nesse ponto, uma conexão ou uma complementariedade recíproca entre Direito e Poder: *“o Direito serve-se do Poder para garantir a obediência às suas normas e o Poder serve-se do Direito para fundamentar e garantir a sua própria autoridade”*.¹⁰⁴⁷

E sendo ele mesmo, o Direito, em sua essência, indisponível ao homem, à coletividade e mesmo ao Poder, e havendo em sua origem uma exigência de que ele seja um reflexo do consenso social sobre os valores dominantes nessa mesma sociedade, essa interdependência entre Direito e Poder significa que não é qualquer autoridade que o Direito legitima: sua legitimidade, tal qual o próprio Direito, exige uma pauta em consonância com dimensão axiológico-material irreduzível do Direito, bem como uma forma de exercício condizente, expressiva e reflexiva do consenso social em torno dos valores dominantes na mesma sociedade, constitutivo das bases de opções políticas do Direito. Do contrário, ele não se impõe.

O Direito, no seu âmago, subordina o Poder, que não se reduz a desempenhar uma função de simples legitimação formal, pois passa a atuar como padrão de conformidade

¹⁰⁴⁶ OTERO, Paulo, in *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. V. I, 1º Tomo, p.107.

¹⁰⁴⁷ OTERO, Paulo, in *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. V. I, 1º Tomo, p.110.

dessa mesma atuação e com critério aferidor de validade, o que implica dizer que eventual desconformidade entre a atuação do Poder em face do Direito, seja do ponto subjetivo, seja do ponto objetivo, procedimental ou teleológico, deslegitima o Poder e sua autoridade. Em bom rigor, o que ele cria com o aviltamento desse paradigma não pode ser designado por Direito, pois é tudo o que essa produção não é.

O Direito exerce também uma função de proteção social. Ele deve proteger, em primeira linha e obrigatoriamente, os destinatários dos atos de autoridades, atuando sempre como limite àqueles que detêm o Poder¹⁰⁴⁸, porquanto o Direito não se compraz com o arbítrio e com o despotismo ou ditaduras, na medida em que no Estado de Direito não se há de admitir que o Poder seja exercido em proveito daqueles que o detêm, havendo necessariamente de ser exercido em favor do *bem comum*, que realiza a solidariedade e que, em última análise, traduz uma expressão da justiça e encontra nela, enquanto elemento essencial do homem, seu fundamento. O Direito vincula o Poder em todas as suas esferas, pública e privada¹⁰⁴⁹, a essa proteção.

A função protetora do Direito sinaliza que ele não se restringe a limitar o poder, dizendo apenas em que termos se mostra admissível ou válido o seu exercício; dita função determina que no desempenho dessa autoridade, o Poder proteja os mais fracos em detrimento dos mais fortes; que tutele os mais pobres em detrimento dos mais ricos. Reside, nesse aspecto, o núcleo da função protetora social que está e sempre deve estar presente no Direito, onde a *justiça*, simultaneamente, encontra uma expressão concreta

¹⁰⁴⁸ Esse tema acompanhou o Estado Liberal e em termos constitucionais, encontrou franco desenvolvimento nas revoluções que sucederam a Revolução Francesa de 1789. A ideia de fragmentação do poder, dividindo-o internamente, redundou, de um lado, na consagração do princípio da separação dos poderes, e de outro, no reconhecimento de direitos fundamentais aos cidadãos que, por si só, limitavam a atuação do poder estatal. As intervenções do poder estatal sobre o patrimônio e sobre a liberdade dos cidadãos, no pensamento liberal, achavam-se sempre dependentes de lei, caracterizando-se aí o núcleo essencial do próprio princípio da legalidade: a lei constituía uma autorização dada pelo povo, representado, à sua vez, pelo parlamento, para o poder limitar tais direitos e liberdades. “*Pela lei passava, por conseguinte, a delimitação da fronteira entre a sociedade civil e o Poder, isto é, a linha que separava o que era permitido ao Poder fazer e aquilo que estava vedado relativamente à esfera da sociedade civil e dos seus membros*” (OTERO, Paulo, in *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. V. I, 1º Tomo, p. 118), conduzindo à ideia clássica de que a Administração Pública estaria legitimada a atuar sempre segundo o que a lei prescreve enquanto a sociedade civil poderia tudo fazer, desde que a lei formal não vedasse. O princípio da legalidade surgido no seio do Direito Administrativo se acha sobremodo enraizado e foi, além do mais, aprofundado no Estado democrático de Direito, convertendo-se em princípio da juridicidade, comportando uma leitura necessária e imprescindível com outros princípios, regras e valores constitucionais, numa compreensão sistemática e de unidade da Constituição.

¹⁰⁴⁹ Cujo exemplo, enquanto estrato da vida social, podemos citar o “Poder Familiar”, considerado como o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores, disciplinado a partir do artigo 1630 do Código Civil Brasileiro, regulamentando o artigo 226, § 7º, da Constituição Federal.

de realização, no dizer de Paulo Otero¹⁰⁵⁰, de onde extraímos claramente uma expressão da solidariedade em termos de Justiça Política e Social.

Esse viés da função de proteção social do Direito volta a sua atenção para a imprescindibilidade de ele conferir tratamento diferenciado aos que se encontram em posições jurídicas de desigualdade, como grupos sociais que se achem em situações de fato desfavorecidas (as minorias raciais, os consumidores, os idosos, as crianças, os portadores de necessidades especiais, dentre outros). É o Direito procurando um *equilíbrio* jurídico material nas posições dos membros mais vulneráveis de uma sociedade, viabilizando as condições materiais e imateriais que permitam o seu desenvolvimento e um nível de existência humana com dignidade.

Por essa vertente de função social do Direito passa uma das mais importantes manifestações da justiça compreendida como fim último e valor supremo do Direito. Tal função se mostra essencial na garantia da igual dignidade de todas as pessoas e determina que as injustiças sejam objeto de correção.

Nessa linha de argumentação, tal função projetiva configura uma decorrência imediata de um modelo de Estado de bem-estar que repousa necessariamente na ideia de “*justiça social e na igualdade material, enquanto manifestações do respeito e da garantia pela dignidade da pessoa humana*”¹⁰⁵¹, de onde extraímos, desde o princípio, o fundamento da solidariedade que, a seu turno, se concretiza como deveres.

Nada difícil concluir que tal função do Direito se acha fundada na concepção aristotélico-tomista de *Justiça Distributiva* desenvolvida na primeira parte desta investigação, e que, no lastro das ideias de base da Doutrina Social da Igreja, agregou novos contornos de *Justiça Social*, desde o século XIX, para associar a ideia de bem-estar ao princípio da *justiça*, estabelecendo, bem por isso, ao Estado, tarefas prioritárias e obrigatórias no sentido de sua promoção e concretização, além de impor deveres autônomos a cada um no desenvolvimento da sua e da humanidade de todos.

Veja-se que aqui não se trata só de deveres fundamentais enquanto posições jurídicas passivas individuais, mas, ao revés, a compreensão de que o próprio Estado é chamado a resolver essa função social de correção de desigualdades; ele é avocado para implementar os direitos econômicos, sociais e culturais de todos os membros de uma sociedade, direitos esses guindados à condição de direitos fundamentais. E o Direito,

¹⁰⁵⁰ In *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. V. I, 1º Tomo, p.116.

¹⁰⁵¹ OTERO, Paulo, in *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. V. I, 1º Tomo, pp.120-121.

nesse contexto, serve de instrumento de conformação e de realização de tais objetivos e exigências de respeito e de garantia da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, o Estado se vale de vários mecanismos de proteção, um deles, uma postura de restabelecimento do equilíbrio jurídico nas relações desequilibradas no plano fático. É o que ocorre, designadamente, de um modo geral, nas discriminações positivas ou compensatórias que dão ensejo às ações afirmativas e, de modo específico, nas relações de trabalho e nas relações de consumo, em que vulnerabilidade fática do trabalhador e do consumidor são compensadas, juridicamente, para ficar apenas em dois exemplos¹⁰⁵², no objetivo de um balanceamento, seguindo a máxima aristotélica de *Justiça Distributiva* que manda tratar desigualmente os desiguais. Trata-se não mais do que usar a lei como instrumento de equilíbrio (igualdade na lei) e, portanto, de promover por meio do Direito a igualdade (material) entre os homens.

Como mecanismo de proteção, pode o próprio Estado assumir a tarefa de criação e de implementação das condições materiais de caris econômico, social e cultural, promovendo diretamente o bem-estar, a *justiça social* e a dignidade da pessoa humana.

O Estado pode, sem embargo, lançar mão do Direito como uma ferramenta para distribuição e redistribuição de riqueza mediante os sistemas econômicos e fiscais, sempre no intento de promover a redução das desigualdades sociais e econômicas internas da sociedade, inclusive entre regiões. Outra não é a postura do legislador constituinte brasileiro ao assentar a busca da erradicação da pobreza e de redução das desigualdades regionais como um dos objetivos da República (CF, artigo 3º, inciso III).

Por outro lado, considerando que solidariedade, expressando uma forma de *justiça* que se ocupa de realizar o *bem comum* nos vários estratos da vida coletiva, ganhando concretização por meio dos deveres fundamentais autônomos, não se circunscrevendo aos deveres e às tarefas do Estado, porque, reiterando, ela também expressa a uma justiça que se realiza pela via inversa, ou seja, pela responsabilidade de todos e de cada um, no aporte dos meios (não necessariamente materiais) para o desenvolvimento da humanidade de todos em cada estrato dessa mesma via social - isso ainda é uma manifestação da solidariedade -, o Direito irá se apresentar como uma força protetora inversa.

¹⁰⁵² Não se desconhece o problema dos excessos de benefícios que, por via reflexa, acabam por produzir um efeito negativo. É, exemplificativamente, o caso das incorporações salariais que acabam por determinar que o empregador não pague um plano de saúde ao seu empregado, mas neste tema não vamos nos aprofundar porque destoa dos objetivos de nossa investigação.

Isso porque a solidariedade irá pautar o Direito em forma de deveres fundamentais da própria sociedade e de cada um, uma vez que, almejando ela realizar o *bem comum*, a solidariedade irá exigir do Direito (cujo fundamento e teleologia repousam no homem e em sua dignidade, da qual decorrem imediatamente deveres fundamentais, como inerentes da mesma dignidade, um Direito necessariamente limitado e delimitado por esse valor absoluto) a dicção de normas que imponham obrigações (não correlatas a direitos) destinadas a todos os indivíduos, em todas as esferas de convivência comunitária, o que torna possível afirmar que a Solidariedade vincula, sim, todas as entidades públicas e privadas, como a todos os indivíduos, vinculação essa que é, como dito alhures, em razão daquilo que serve de fundamento último e fins absolutos da existência humana: o homem, seus elementos essenciais e sua imanente dignidade, onde igualmente repousa o cerne do dever de solidariedade.

Colocado nesses termos, estamos aqui a falar de uma autovinculação ou de uma heterovinculação do dever de solidariedade? A essa resposta dedicaremos o capítulo que segue.

CAPÍTULO 5. O princípio da solidariedade: uma auto ou uma heterovinculação?

Como corolário lógico de nossos desenvolvimentos teóricos, neste aspecto, não há surpresa em torno de nossa compreensão pela heterovinculação do Estado e de toda sociedade aos deveres de solidariedade, seja em que estrato da vida social ela se imponha.

Essa heterovinculação decorre de nossa compreensão de ser humano, de pessoa, de Direito, de Sociedade, de Estado, de Poder, de Constituição, de Direito Constitucional e do próprio fenômeno Constitucional.

Ora, se o próprio Direito foi aqui defendido como uma realidade humana, uma *criação* do homem para o homem, um fato ou verdade que exige intervenção humana em sua produção e que, portanto, o homem é pressuposto lógico do Direito; que o ser humano é o fundamento e o fim de tudo que existe neste mundo real; considerando que aqui se defende que são elementos essenciais desse pressuposto, a liberdade, a segurança e a justiça, da qual uma das formas de expressão é a solidariedade, que visa à realização do *bem comum* por meio de deveres fundamentais dos quais tanto o Estado, como as entidades privadas (e o próprio indivíduo) são destinatários, a eles

necessariamente vinculados, é contundente concluir que os deveres de solidariedade são heterovinculados, ou seja, eles não dependem do poder, nem de convenção humana nem de adesão, uma vez que integram o próprio conteúdo e conceito de dignidade humana como já enfatizamos.

Os deveres de solidariedade não decorrem do Direito em si, mas, sim, do fato de o Direito, independente de sua fonte de emanção, para se considerado Direito válido, deve necessariamente encontrar no ser humano e na sua dignidade (da qual a solidariedade decorre imediatamente) seu fundamento e sua finalidade, uma ordem em que o paradigma epistemológico radique em uma filosofia antropológica de cariz personalista. Um Direito que, feito para o homem e pelo homem, assuma o *ser humano*, como alude Paulo Otero¹⁰⁵³, não como portador de uma dignidade abstrata, mas compreendendo-a como o reconhecimento da pluralidade e da totalidade de ser humano enquanto homem vivo e concreto, numa acepção valorizada da subjetividade e da individualidade, sem desconhecer sua dimensão necessariamente social, o que exige uma postura metodológica de matriz personalista a subordinar o *poder*, a sociedade, a economia, a cultura, os valores da pessoa humana dos quais comungam o próprio Direito e a Constituição, os princípios e os elementos essenciais que, reafirmamos, precedem o Direito, o Estado, a Constituição, o Direito Constitucional e o próprio fenômeno constitucional, impondo um paradigma que deve travar uma busca incessante de um modelo de organização do Poder Político efetivamente voltado à edificação de uma sociedade mais justa, mais segura, mais livre, mais solidária e mais humana a serviço do respeito e da garantia da dignidade de cada ser humano.

Se os fundamentos e os fins do Direito estão e devem estar a serviço do homem, então, está correto afirmar que todas as normas jurídicas, independente de sua fonte de emanção, inclusive as que expressam deveres autônomos nos vários estratos da vida coletiva, devem também estar em consonância com esses fundamentos e fins humanos, como expressar um Direito com um caráter axiológico ou valorativo voltado à concretização da dignidade do homem.

No contexto de um Estado de Direito, a liberdade, a segurança e a justiça (da qual a solidariedade é uma forma de expressão, no seu viés de igualdade substancial e que afirma uma igual dignidade de cada ser humano) são os valores que devem, invariavelmente, estar presentes no Direito. Vale sublinhar que os valores, como

¹⁰⁵³ In *Intuições Política e Constitucionais*, p. 30.

observa Giorgio Oppo¹⁰⁵⁴, funcionam como verdadeiras idealidades civis que inspiram a ordem jurídica; eles são capturados pelos princípios que nada mais são do que a assunção desses valores em forma de preceitos.

Assim, as normas jurídicas devem ser compreendidas como instrumentos para atingir esses valores ou esses fins, pois, se assim não for, o que se coloca em xeque é a edificação do próprio modelo de sociedade que a Constituição estabelece, modelo constitucional de sociedade que, em um Estado democrático de Direito, necessariamente recorre a tal axiologia, é dizer, a sistema de valores radicados na pessoa humana. A Constituição os consagra, reconhecendo tais valores, o que implica dizer que eles limitam e se impõem à própria atuação do legislador constituinte. Mais: *se a normas Constitucionais contrariarem tais valores, poderemos, então, afirmar que ela acaba por derogar os próprios fins do Direito.*

Impõe-se, então, à Constituição de um Estado democrático de Direito - é dizer, de um Estado pluralista, juridicamente limitado pelo homem e sua dignidade imanente, vinculado ao reconhecimento, à proteção e à promoção de seus elementos e conteúdo essencial (liberdade, segurança e justiça), ao mesmo tempo em que consagra a democracia e a vontade majoritária balizada na definição de meios e fins - os valores essenciais do homem que, em outro giro, constitui a própria razão de ser do Direito, como aquilo que deve mesmo o Direito realizar.

Afinal, parafraseando Paulo Otero, “*o sentido e a razão de ser das normas jurídicas encontram-se na circunstância de o Homem ser livre: se não fosse livre o destinatário do Direito, como se poderia ele motivar pelos modelos de conduta ou comportamentais resultantes das normas? Qual o sentido de orientação social do Direito, se o Homem não pudesse livremente escolher entre seguir ou não seguir esse mesmo modelo de conduta que lhe é imposto, permitido ou tolerado?*”¹⁰⁵⁵

Reconhecemos que é bem difícil colmatar o sentido da palavra liberdade. Immanuel Kant referiu-se a ela como o poder de se dar leis e de agir de acordo com elas. Mas o que é isso no contexto de uma democracia representativa que recorrentemente traveste o *bem comum* e usa do poder para realizar interesses provados?

Liberdade seria, em outro giro, o direito à resistência, à opressão ou à coação da autoridade ou do poder? O direito de participação na autoridade ou no poder? A ausência de toda a coação anormal, ilegítima e imoral?

¹⁰⁵⁴ In *Sui Principi Generali de Diritto Privato*. Revista de Diritto Civile, ano XXXVII, nº 1, 1991, p.475.

¹⁰⁵⁵ In *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. V. I, 1º Tomo, p.221.

O Barão De Secondat¹⁰⁵⁶ - Montesquieu -, buscando definir liberdade, afirmou que nas democracias o povo parece fazer aquilo que ambiciona; contudo, *“a liberdade política não consiste em se fazer aquilo que se quer. Em um Estado, isto é, em uma sociedade em que existem leis, a liberdade não pode consistir senão o poder fazer o que se deve querer, e em não ser constrangido a fazer o que não se deve desejar”*.

Segundo Montesquieu, *“deve-se sempre ter em vista o que é independência e o que é liberdade. Esta última é o direito de fazer tudo aquilo que as leis facultam; se um cidadão pudesse fazer tudo que elas proíbem, não teria mais liberdade, uma vez que os outros teriam também esse poder”*.

Jean-Paul Sartre¹⁰⁵⁷, em sua concepção filosófica foi taxativo: *“a liberdade humana precede a essência do homem e a torna possível. A essência do ser humano fica em suspenso na sua liberdade. O que chamamos de liberdade é, pois, impossível de distinguir do ser da realidade humana”*, e nisso bem definiu parcialmente elemento essencial da condição humana. Mas não foi, por outro lado, uma leitura adequada (carente de sua dimensão econômica) ou completa.

Já Jean Rivero¹⁰⁵⁸ afirmou que: *“a liberdade é um poder de autodeterminação em virtude do qual o homem escolhe por si mesmo seu comportamento pessoal”*. É dizer, a liberdade constitui a possibilidade de coordenação consciente dos instrumentos necessários à realização da felicidade pessoal. Sim, concordamos, mas a liberdade pode se dissociar da antes referida dimensão econômica, nem a pessoa humana nem a dignidade que lhe é inerente se reduzem à liberdade.

São tantos, enfim, os conceitos de liberdade que só isso comportaria uma tese. Importante, entretanto, é guardar que, independente do conceito que se venha a dar para a liberdade, é inequívoco que ela está atrelada ao conceito de pessoa (de que tratamos no primeiro capítulo desta segunda parte da investigação), em cuja essencialidade individual ela assume primazia e realiza, em larga medida, a dignidade do homem.

Ser pessoa - caracterizada, dentre outros atributos, como ser racional, que participa da ordem inteligível, dotada de consciência moral e linguagem - é ser livre. Ser livre implica *“o direito de cada um conformar autonomamente a existência segundo aS suas próprias concepções e planos de vida que tem”*¹⁰⁵⁹, o que importa ser dono de si mesmo e de seu destino: o homem é, por natureza, um ser livre e racional, ou seja, a liberdade e

¹⁰⁵⁶ In *Do Espírito das Leis*, p.164.

¹⁰⁵⁷ In *L'Être et le Néant*, p.61

¹⁰⁵⁸ In *Les Libertés Publiques, I. Les Droits de l'Homme*, p.14.

¹⁰⁵⁹ In *Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006, p.31.

a consciência são atributos fundamentais da pessoa humana e integram a sua dignidade; a liberdade é, portanto, corolário da dignidade, como sua dimensão substancial individual.

Essa dimensão emancipatória substancial da dignidade da pessoa humana, traduzida por liberdade, principia, notadamente, pela independência e pela vontade livre (autodeterminação, numa perspectiva aristotélica), isso é, pela autonomia da vontade, pela possibilidade de escolha que o Direito tem o dever de garantir e proteger. É justamente essa possibilidade de escolher e de se autodeterminar que torna a pessoa responsável pelas opções que pratica e pelas consequências que dela advêm.

A consciência¹⁰⁶⁰ é condição necessária da liberdade, pois só por meio dela é que o homem possui livre arbítrio, a capacidade de optar, de determinar-se, de escolher suas atividades e de avaliar as consequências. É essa racionalidade que confere ao ser humano a aptidão de apreciar valores, sejam econômicos, sejam éticos, sejam religiosos, e, com base em suas ponderações, determinar-se, inclusive, divergir de todos e da maioria (ser diferente).

Não é por outra razão que a perfeição da manifestação de vontade tem sido objeto de preocupação do Direito, que lhe exige, como aponta Paulo Otero¹⁰⁶¹, *“maturidade, liberdade, esclarecimento e ponderação na sua formação, além de licitude na motivação, sancionando a ausência de qualquer um destes requisitos - incluindo a própria falta de vontade - com a invalidade do respectivo comportamento...”* ou mitigando a responsabilidade pelas suas consequências. Só pode alguém responder pelos seus atos se eles forem livres e na medida em que forem. Suprimida a liberdade, suprime-se também a responsabilidade.

Mas a liberdade nem sempre, ao longo da história, teve o mesmo sentido. Ao revés, ela comportou várias leituras a depender de cada momento e é certo, acompanhou os valores comunitários de cada época.

Na Antiguidade, ser livre significava participar da vida política; implicava poder ir à Ágora e tomar parte nas decisões políticas quanto aos rumos da *pólis*. Isso lhes era caro. Liberdade implicava *“exercer coletiva, mas diretamente, várias partes da soberania inteira, em deliberar na praça pública sobre a guerra e a paz, em concluir*

¹⁰⁶⁰ Tanto é assim que o Direito Penal Brasileiro, a título de exemplo, na dicção do seu artigo 26, *“caput”*, embora não a integre no conceito de “crime”, a tem como pressuposto de aplicação de pena ao referir expressamente: *“É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.”*

¹⁰⁶¹ OTERO, Paulo, in *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. V. I, 1º Tomo, p.222.

*com os estrangeiros tratados de aliança, em votar as leis, em pronunciar julgamentos, em examinar as contas, os atos, a gestão dos magistrados; em fazê-los comparecer diante de todo um povo, em acusá-los de delitos, em condená-los ou em absolvê-los”.*¹⁰⁶²

Contudo, na concepção Moderna, ela se apresentou muito diferente. Liberdade aí se afirmou como um direito negativo em face do Estado, decorrente da dignidade da pessoa humana apenas compreendida por uma esfera imune ao Poder; um espaço de autonomia e de independência de que o Poder não poderia dispor.

O ideário liberal-burguês da Modernidade fez da liberdade e da autonomia da vontade verdadeiros dogmas assentes na ideia de que o indivíduo em sociedade é essencialmente livre e somente pode se vincular e sofrer restrições em face de sua concordância e reconhecimento. Ou seja, não assimilou adequadamente a própria ideia de Direito.

A ideia de liberdade como algo natural, ínsito da dignidade humana e anterior ao Estado, ganhou expressão nas concepções contratualistas, seja na visão de Hobbes, seja nas propostas de John Locke ou de Rousseau, todas elas partindo do pressuposto de que a sociedade, ao contrário do nosso pensamento, decorre de um pacto entre os homens que, sendo livres e iguais em face da opção de convívio social, abdicam, ao menos em parte, dessa liberdade natural, em razão da concorrência da liberdade de todos os demais membros dessa mesma comunidade, adquirindo, assim, a liberdade civil.

E o Direito, nesse contexto, nada mais seria do que uma *ferramenta*, um instrumento de garantia da liberdade individual (formal), ou seja, de limitação do poder e mediador dessas liberdades concorrentes, instrumento que se expressava, na acepção liberal, por meio de lei, geral e abstrata, traduzindo a vontade global ou generalizada representativa da decisão majoritária no Parlamento.

A lei - expressão do Direito - a que a própria sociedade se dava funcionava como uma garantia da liberdade, porque, à parte de ser geral e abstrata, dirigida, portanto, a todos, indistintamente, conformando o princípio da igualdade formal, ela servia de limite à atuação do Poder em face da exigência de sua reserva.

Reserva de lei, nesse contexto - ao contrário da *autonomia privada*, que implicava o poder de realizar absolutamente tudo que a lei não proíbe - *significava que o Poder Público só poderia atuar se houvesse uma lei emanada do Parlamento que assim o*

¹⁰⁶² CONSTANT, Benjamin, in *Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos*, V. 3. São Paulo: Atlas, 2015.

autorizasse, o que fez da autonomia pública uma autonomia dependente de habilitação legal e controlável pelo Parlamento (princípio da legalidade). Trata-se aí da “...supremacia da lei sobre todas as autoridades constituídas, expressão do monopólio parlamentar na sua feitura e da inerente vontade geral dos cidadãos...”¹⁰⁶³ a funcionar como mecanismo garantístico de liberdade e controle.

Nessa linha de raciocínio, acatar e obedecer as limitações à liberdade individual, conquanto elas somente poderiam se concretizar na forma legal originadas do Parlamento representativo pelo princípio majoritário, da soberania popular, ainda constituía uma forma de liberdade segundo a compreensão de serem elas, limitações que os cidadãos impuseram a si próprios, decorrentes da faculdade dos particulares de participarem da elaboração de sua própria ordem jurídica. Daí a tranquila aceitação de que a autonomia privada não se constituía de modo absoluto, pois a lei poderia limitá-la negativamente em face de fundadas justificações.

Sem abandonar a ideia liberal de liberdade e de autonomia da vontade do indivíduo traduzida no reconhecimento de um espaço isento de disciplina legal em que é lícito tudo o que não é proibido, o Estado Social veio a revelar outras leituras necessárias para liberdade, descortinando outras formas de sua expressão.

A postura absentéista econômico-social que preconizava no Estado Liberal (mínimo) a intervenção estatal somente nas áreas de conservação e sobrevivência da sociedade precisou ser abandonada. Se ela serviu, num primeiro momento, para implementar a garantia da liberdade da sociedade civil ela também propiciou uma conjuntura de exploração econômica e de níveis sociais de vida aviltantes à dignidade humana, na medida em que conduziu, em face do capitalismo selvagem, a imensa maioria dessa mesma sociedade à miséria e à absoluta ausência de liberdade, estado em que as escolhas já não eram determinadas pelo livre arbítrio, mas, pela necessidade, pela dependência, o que fez ver que a liberdade, ao contrário da proposta liberal, tem uma dimensão econômica e que não basta ao Estado cruzar os braços para que ela reine¹⁰⁶⁴: ela passa, igualmente, pela intervenção do Estado, onde a solidariedade se impõe.

Eis o perfil da liberdade no Estado Social que envolve os valores da justiça e da segurança como instrumentos garantísticos da própria liberdade, compreendendo que é também sua tarefa a realização do bem-estar e da justiça social, se-lhe impondo a adoção das medidas necessárias na salvaguarda desses valores, dentro de uma

¹⁰⁶³ OTERO, Paulo, in *O Poder de Substituição em Direito Administrativo*. V. I. Lisboa: Lex, 1995, p.243.

¹⁰⁶⁴ A expressão é de Paulo Otero (in *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. V. I, 1º Tomo, p.235).

perspectiva sistemática e de unidade valorativa em que a liberdade, segundo a acepção liberal, detém a primazia, mas não dispensa os demais valores que necessariamente o Direito contém (segurança e justiça, em seus vários modos de se expressar) enquanto fundado na dignidade da pessoa humana, tendo nela, igualmente, os seus fins.

Importa reconhecer que os elementos essenciais do homem (liberdade, segurança e justiça), sua natureza social e sua necessidade de viver em comunidade, determinantes de que a justiça também se expresse na forma de solidariedade realizando o *bem comum*, exigem que a liberdade idealizada pela burguesia-capitalista não seja *naturalmente* ilimitada; sua compatibilização com os demais elementos essenciais do homem (segurança e justiça, também expressa pela solidariedade - que intenta realizar o *bem comum*) foi sendo compreendida como imprescindível à necessária convivência social do homem, destarte, inderrogável do desenvolvimento integral da personalidade humana (enquanto uma possibilidade sempre aberta a novos desenvolvimentos, vai desde a concepção até o instante da morte, com projeção até para além dela).

Logo, mostra-se correto concluir que tanto a liberdade como a sua limitação são inerentes à natureza humana e integram, bem por isso, a estrutura do próprio Direito. Consequentemente, impõe-se à Constituição de um Estado democrático de Direito o valor da segurança. Com efeito, em um tal modelo constitucional a segurança em sentido mais amplo, não apenas de previsibilidade, de estabilidade das situações jurídicas ou de um mero existir físico, mas de uma existência condigna, assim como a justiça em suas várias formas de se expressão, são imposições heterovinculativas, uma vez que a própria liberdade, sem segurança e sem justiça, pode não passar de uma utopia.

Daí a imprescindibilidade de se acautelar o elemento essencial da condição humana, que exige conhecimento e certeza (proteção da confiança) do Direito em termos jurídicos (garantia jurídica), tanto em caráter pessoal, patrimonial, como no desempenho das funções legislativas, administrativas e judiciais.

Não é senão pelo reconhecimento de que a segurança jurídica constitui um valor intrínseco e inafastável do Direito que o modelo de Estado democrático de Direito consagra a coisa julgada (caso julgado) e sua autoridade de intangibilidade e

imodificabilidade das decisões judiciais¹⁰⁶⁵. Admitir a modificação da coisa julgada seria sempre colocar em causa a estabilidade e mesmo a confiança dos cidadãos.

Bem examinado, podemos dizer que a segurança e a certeza (confiança) que dela decorre são valores constitucionais tão contundentes que se mostram passíveis até mesmo de fundar a própria validade de efeitos de certas soluções antijurídicas, isto é, de assumir primazia em detrimento do princípio da constitucionalidade.

Essa primazia se acha bem visível em situações consagradas pelos Tribunais Constitucionais, quando estes, não raro, ressalvam os efeitos de atos declarados inconstitucionais com fundamento no princípio da segurança jurídica.

O Direito também é assente na idéia de justiça. É dizer, a justiça é própria do Direito que, a despeito de este ter uma existência própria como emanção do homem e para o homem, o Direito carrega do homem a sua essência e tem nele sua finalidade. Logo, é indissociável do elemento essencial justiça.

O Estado Social abarca essa ideia, recuperando todo o espaço operativo da dignidade da pessoa humana, assumindo como seu objetivo e sua tarefa o bem-estar de todos, bem como o encargo de equilibrar as desigualdades sociais produzidas pelo Estado Liberal. *“Sem nunca perder de horizonte o valor da liberdade e dos direitos fundamentais provenientes do Estado liberal, dando-lhes prevalência em caso de conflito com os direitos sociais, o Estado social tem, no entanto, uma diferente postura quanto ao valor da liberdade: a liberdade não pode ser aferida em abstrato, tendo sempre que tomar em consideração as circunstâncias concretas, relacionando-a, por isso mesmo, com a justiça, especialmente com a justiça social”*¹⁰⁶⁶ e, portanto, com a solidariedade.

Assim, o Estado Social não tem como único valor a liberdade, ao menos não na visão oitocentista, pois se volta, também, para a realização da liberdade econômica, social e cultural. Assente numa concepção de justiça social e material, ele estará especialmente ocupado com o bem-estar de um e de todos, o que impõe como critério a igualdade substancial não como um princípio socialista, mas como um princípio de justiça. Daí seu apelo à *Justiça Distributiva*, na perspectiva aristotélica-tomista desenvolvida pela Doutrina Social da Igreja a partir da ideia de igualdade de todos em natureza e dignidade, em que *“a igualdade justa constitui o critério de justiça que o*

¹⁰⁶⁵ Hodiernamente, em destaque está a polêmica discussão sobre a coisa julgada ou o caso julgado administrativo, mas enfrentar tal problemática levaria nossa proposta investigatória para muito distante do nosso objetivo, razão pela qual iremos nos limitar a fazer aqui um simples registro.

¹⁰⁶⁶ OTERO, Paulo, in *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. V. I, 1º Tomo, p.238.

Direito, em última análise, se propõe a realizar”, no dizer de Antônio Castanheira Neves.¹⁰⁶⁷

Bem, mas o que é Justiça nesse cenário? Como observa, com propriedade, Paulo Otero¹⁰⁶⁸, “*a justiça é uma ideia que todos dizem compreender e partilhar, apesar de ninguém a conseguir definir e expressar de modo universalmente consensual*”. Talvez seja mesmo mais fácil senti-la e compreendê-la a partir do seu contrário, ou seja, do que é injusto. Por exemplo, todos sabem que aquilo que fizeram com os Judeus no Holocausto foi injusto.

Uma das máximas do Direito Romano, como anteriormente referimos, era justamente a do “*suum cuique tribuere*”, mas isso nada nos diz do que é devido a quem. E a questão que se apresenta diz com a possibilidade ou não de se definir e se conhecer esse valor por meio de nossas faculdades mentais, para afirmar, objetivamente, o que é justo.

Há duas teorias que buscam equacionar essa questão, quais sejam, as teorias cognoscivistas e as não-cognoscivistas. Com as primeiras estão os doutrinadores que compreendem ser possível um conceito objetivo de justiça independente do sujeito; os adeptos da referida teoria recorrem às ideais de dar a cada um o que lhe pertence; de tratar casos semelhantes de forma idêntica e de conferir tratamento diferenciado ao que é desigual. Com as segundas estão aqueles que negam a possibilidade racional de se chegar a um conceito objetivo de justiça, pensamento que está na base da ideia formal do Direito e do Positivismo Jurídico, compreendendo que sua validade não depende de seu conteúdo, mas, sim, da forma com ele é produzido.

Nessa compreensão formal do Direito em que qualquer conteúdo pode se converter em norma, em que ele mesmo só pode ser entendido como expressão da vontade de quem detém o poder de decisão, a justiça será invariavelmente aquilo que sua vontade entender como justo e o Direito traduzirá nada menos do que o gosto, o desejo ou a preferência de uma autoridade titular de poder. A renúncia da justiça pelo Direito, por conseguinte, o converte na vontade do poder estatal, a antítese da liberdade.

Nada difícil identificar, à altura, o nosso posicionamento, que recusa a enxergar um Direito que possa subsistir sem que nele se insira a ideia de justiça. Direito injusto não é Direito; é torto. Portanto, jamais poderá se convolar em Direito, mormente em Direito

¹⁰⁶⁷ In *Instituto dos Assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra, 1983, pp.153-154.

¹⁰⁶⁸ in *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. V I, 1º Tomo, p.152.

válido, qualquer conteúdo que a vontade dos titulares do poder entender em acolher como norma jurídica, de aplicação imperativa pela força.

O Direito ou é justo ou não é Direito. Contra a justiça não há Direito. E o Direito justo, ao contrário, se impõe ao Poder (até porque a justiça é algo que vale por si só, independentemente da vontade estatal e social); “*a liberdade conformadora do decisor na determinação do conteúdo do Direito tem sempre de contar com o limite proveniente da justiça e da solução material que pretende estabelecer: a liberdade de escolha de decisões só existe dentro das fronteiras de justiça*”¹⁰⁶⁹; o Direito justo se nega à postura de neutralidade formal e exige conformação material. Perfilhamos, portanto, uma postura cognoscitiva, acreditando vivamente que é possível ao homem, racionalmente, desvelar e apreender a essência da justiça.

A justiça pode ser pensada de forma objetiva em face das próprias normas, como de forma subjetiva; pode ser absoluta ou relativa, mas a distinção que ganhou corpo, sem prejuízo de outras possíveis, é aquela de matriz aristotélico-tomista que consagra as ideias de *Justiça Comutativa* (corretiva), *Justiça Distributiva* e *Justiça-Geral*, consoante abordamos na primeira parte deste estudo.

A *Justiça Comutativa* (corretiva), vale lembrar, haverá de envolver sempre a ideia de igualdade e de paridade nas posições jurídicas das pessoas, regulando as relações dos particulares entre si, onde impera a noção de reciprocidade e segue-se a lógica aritmética.

Justiça Distributiva, à sua vez, regula a relação do todo com as partes. Pautando-se por uma lógica geométrica (proporcional), ela sempre colocará de um lado a situação de cada um, para aferir aquilo que cada indivíduo deve receber da sociedade.

Já a *Justiça-Social* se relaciona com os deveres que cada membro da sociedade tem para com o *bem comum* da própria sociedade que, igualmente, seguirá o critério da proporcionalidade, determinando que cada um o faça de acordo com a sua posição e condições respectivas em prol do desenvolvimento da personalidade de todos e de cada um, em todas as esferas da vivência coletiva.

Concedemos que a justiça, enquanto valor que o Direito deve inexoravelmente abarcar, revela-se um conceito intrincado, envolvendo inúmeras perspectivas de ajuste. Porém, sempre se mostra possível uma aproximação, em especial a partir de certos postulados que, sem mais, a expressam como a de respeito e proteção da vida humana e da dignidade do homem; a proibição de sua degradação ou redução à condição de

¹⁰⁶⁹ OTERO, Paulo, in *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. Vol. I, 1º Tomo, p.159.

objeto; o direito ao livre desenvolvimento de sua condição de pessoa (personalidade); a exigência de tratamento igualitário e proibição de arbítrio.

Sem embargo desses postulados, a justiça se manifesta concretamente seja no reconhecimento da igual dignidade de todos os seres humanos que, na dicção do *artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos*, afigura-se o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

Isso quer significar que a vida de cada ser humano tem exatamente o mesmo valor. Por tal razão, a solidariedade enquanto uma das formas da justiça se expressar, é heterovinculante, assim como a dignidade constitui uma heterolimitação na proteção da dignidade da pessoa humana também ditada pela justiça.

A justiça traz em si a ideia de igualdade, o que exige tratamento igual àqueles que estiverem em situação de igualdade, o que reclama que todos sejam julgados segundo as mesmas regras e critérios, vedadas quaisquer discriminações não justificadas e arbitrárias; contudo, em havendo circunstâncias ou situações de desigualdade, “*a justiça subjacente ao princípio da igualdade ordena dar um tratamento jurídico diferente*”; preocupando-se com uma igualdade real ela determina, aos moldes da *Justiça Distributiva*, tratar desigualmente os desiguais.

Em termos sociais, a justiça também se manifesta concretamente por meio da isonomia, uma vez que a igualdade substancial constitui uma preocupação que se impôs ao Estado Moderno, em sua conformação de Estado Social, voltado à tutela do bem-estar e da qualidade de vida, tarefas prioritárias desse mesmo Estado e que ganham concretude na promoção da justiça social que, por sua vez, demanda correção das desigualdades mediante benefícios compensatórios em busca de equilíbrio na distribuição dos bens e das riquezas de uma sociedade.

A proporcionalidade é outra manifestação concreta de justiça que exige do Direito que, ao veicular uma proposição restritiva da liberdade, não imponha sacrifícios para além do necessário. Logo, ela requer conformação do Direito à adequação (meio apto a realização dos fins), à necessidade (não haver meios menos invasivos ou restritivos que realizem igualmente os fins) e à proporcionalidade *stricto sensu* (justa medida ou balanceamento entre vantagens e desvantagens envolvendo a ideia de equilíbrio).

O conceito de justiça reclama imparcialidade que nela se manifesta. A justiça ganha expressão na impessoalidade, uma exigência de que quem cria o Direito assim como quem o aplica, não o faça em detrimento de interesse próprio, nem favoreça ou desfavoreça alguém em razão de seu ofício. A imparcialidade pede distanciamento,

visando a impedir a atuação de qualquer vontade do poder estatal impelido por valor ou interesse pessoal.

Para além disso o conceito de justiça cobra a possibilidade de conteúdo do Direito, do que decorre uma reivindicação natural que não haja normas jurídicas imperativas de condutas ou encargos humanamente impossíveis, seja no plano físico, seja no plano intelectual.

Nem todas as normas jurídicas envolvem juízos de valor como a justiça; há uma série de normas que, nesses termos, se apresentam literalmente neutras, como são aquelas de cunho organizatório, conceitual, de direção, de natureza conceitual ou técnica e funcionais.

Por outro lado, não há de se estranhar que haja normas “*relativamente às quais não se pode dizer que exista uma única solução de conteúdo justa*”¹⁰⁷⁰ passíveis de “*terem como conteúdo uma pluralidade de soluções jurídicas igualmente justas*”.¹⁰⁷¹

Com efeito, a justiça não impõe um conteúdo único, pois ela sofre os influxos do tempo e do lugar; além disso, vale lembrar que, embora o Estado não detenha o monopólio de definição do Direito como acima destacamos - daí a sustentarmos a heterovinculatividade dos deveres de solidariedade - não é menos verdade que pelo modelo estatal adotado e pelo Direito por ele criado, passa a garantia e a defesa da liberdade e que há sempre um espaço, no âmbito da autonomia pública, no exercício de qualquer função estatal, uma margem de criação do Direito e de livre decisão, evidentemente, dentro dos limites ditados pelo próprio Direito.

A justiça, por fim, se manifesta ou se conforma por meio da solidariedade. Sem solidariedade não há falar em justiça material. E se a liberdade tem uma dimensão econômica, social e cultural sua conquista efetiva passa, como observa Paulo Otero¹⁰⁷², pelo interior da própria sociedade civil, exigindo uma postura ativa do Estado “*como forma de garantir através da lei a justiça e a liberdade entre os membros da sociedade civil*”, embora ela também se expresse em sentido inverso, como deveres de cada um para a realização da humanidade de todos nas várias esferas de convivência humana.

Ora, se assim é, enquanto expressão ou manifestação da justiça (substancial) possível afirmar que a solidariedade é sim vinculante de todas as entidades públicas e privadas; ela exige, segundo a ideia de que todos, sendo iguais em dignidade, têm a mesma valia e o direito a uma vida digna e à realização de sua personalidade, com

¹⁰⁷⁰ OTERO, Paulo, in *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. V. I, 1º Tomo, p.173.

¹⁰⁷¹ OTERO, Paulo, in *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. V. I, 1º Tomo, p.173.

¹⁰⁷² in *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. V. I, 1º Tomo, p.237.

liberdade de conformação de seus fins, a confluência das condutas de todos os agentes sociais (o indivíduo, a sociedade, o Estado, a Comunidade Internacional) na sua realização; ou seja, ela comina a todos o dever de cooperação para o *bem comum*, o que torna imperativa a cooperação de cada um, na medida de sua possibilidade, como faz impositiva uma atividade prestacional e afirmativa do Estado, por intermédio de seus órgãos, o que implica não só uma atitude de repeito, mas, também, de sua proteção e promoção da dignidade dos seres humanos como expressão da justiça e dever de solidariedade. Logo, essa vinculação não se dá, nas diversas relações sociais, da mesma forma.

Sim, pois, nas relações das partes com o todo e entre si, a solidariedade, dotada de uma vinculatividade heterônoma, se manifesta por meio da Justiça Social pautada na ideia que acima referimos como cooperação interindividual que, destarte, decorre da condição humana e ganha concretização nos deveres fundamentais; nas relações do todo com a parte, ela se concretiza por meio da Justiça Distributiva e se materializa por meio das tarefas do Estado. Todas essas formas de manifestação e de concretização da solidariedade têm por escopo alcançar o *bem comum* e a felicidade, fins últimos da existência humana em sociedade.

Luiz Fernando Brazotto¹⁰⁷³, nesse sentido, sustenta que tanto a Justiça Social como a Justiça Distributiva, concretizações da solidariedade, dizem respeito à ação social humana, seja do indivíduo em relação à comunidade, seja em relação ao indivíduo singularizado. Ele tem razão. Somos todos responsáveis não apenas em relação ao nosso destino, mas, também, e em alguma medida, pelo destino de nossos semelhantes.

A Justiça Social opera como princípio orientador das relações sociais e tem por objeto a construção de uma sociedade solidária em que haja cooperação de todos para a edificação conjunta e recíproca de uma vida minimamente satisfatória.

Por isso, solidariedade e Justiça Social não podem ser compreendidas como mera caridade nem como uma autovinculação, contrato, consenso ou adesão, em que pese estejam sempre tangenciando essa ideia, fulcrada no postulado cristão de amor ao próximo projetado pelas leis naturais e divinas como uma exigência da deidade para quem a ele quer se vincular.

De qualquer modo, a Justiça Social - conceito cunhado pelos neotomistas, que adquiriu uma importância extraordinária ao longo da história juspolítica -, embora

¹⁰⁷³ In *Justiça Social: Gênese, Estrutura e Aplicação de um Conceito*. Direito e Justiça. V. 25, nº 28, Porto Alegre: Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2003, pp.109-146.

derive da percepção ética da Igreja Católica, não se prende a nenhuma concepção religiosa. A Justiça Social apenas afirma que a sociedade politicamente organizada, que só existe porque o homem é um ser naturalmente social, deve cumprir um determinado papel, já que a reunião de indivíduos em comunidade é condição ontológica da pessoa ao mesmo tempo em que é imprescindível ao desenvolvimento das potencialidades humanas, o que não subsiste por autovinculação, mas decorre da própria condição humana e da dignidade do homem.

Não se realiza, portanto, Justiça Social com voluntarismo, com sentimento de comisseração nem por meio de atos de filantropia. Esse não é o importe relacional que colmata o conteúdo da Justiça Social. Ao revés, ela ordena deveres fundamentais a todos os seres humanos; independente de qualquer classe social, ele determina obrigações de cada ser humano para com os demais, pois ela estabelece o dever de todos e de cada um na consecução do *bem comum*.

Esses deveres fundamentais ordenados pela Justiça Social, enquanto concretização da solidariedade, têm caráter sinalagmático uma vez que afirmam que, ao mesmo tempo em que cada indivíduo tem deveres para com os demais, deveres comuns a todos de cooperação para o *bem comum*, assiste-lhe, igualmente, o direito de participar desse *bem comum*, o que permite racionalmente inferir que subjaz aí a ideia de que todos e cada um têm direito à vida digna, consagração do reconhecimento da dignidade de todos e de cada um.

Mas, ao contrário dos postulados socialistas, a Justiça Social não preconiza a abolição da propriedade privada e nem se propõe à dádiva paternalista; ela leva em consideração as diferenças naturais que os homens guardam entre si¹⁰⁷⁴ e o dever que cada um tem de prover a sua própria subsistência e de sua família por meio do trabalho, sendo perfeitamente possível e desejável que melhore suas condições de vida, como produto de seu empenho e de suas habilidades, e que se prepare para o futuro.

¹⁰⁷⁴ Aliás, a Doutrina Social da Igreja, de onde emergiu a ideia de Justiça Social (termo empregado pela primeira vez pelo Papa Pio XI, na *Carta Encíclica Quadragésimo Ano*, de 1931) formula severa crítica ao socialismo, tão ou mais contundente do que foi a sua crítica ao liberalismo. Tanto é assim que, na *Carta Encíclica Divini Redemptoris* de 1937, o Papa Pio XI acusa as ideias de inspiração marxista de serem enunciados hipócritas e irrealizáveis, que aliciavam multidões de excluídos com falsas promessas que não concretizavam a dignidade humana. A propriedade estatal dos meios de produção, por exemplo, à guisa do pensamento neotomista, esbarrava em um problema sem solução, pois acarretava o desestímulo ao trabalho. Sem estímulo, não havia por que de os homens se empenharem em suas funções; de batalharem para o bem de seus familiares e se prepararem para o amanhã. Além disso, as ideias socialistas, marxistas, comunistas, enfim, não consideraram as diferenças naturais entre os seres humanos e suas individualidades negando-lhes, por isso, sua condição humana.

Bem por isso, de forma heterovinculante, solidariedade, nas relações do todo com as partes, impõe (e não perquire) ao Estado, por meio da *Justiça Distributiva*, em postura inversa à do Estado Liberal, ingerência nas esferas econômicas e sociais, um comportamento ativo que pode ser identificado seja na garantia dos direitos econômicos, sociais e culturais dos indivíduos, adotando mecanismos e instituições que tutelem esse respeito e sancionem ameaças e lesões que possam porventura sofrer; seja na atuação estatal positiva, por intermédio de seus órgãos, no que diz com o respeito, proteção e cumprimento dos direitos fundamentais.

A obrigação de respeito implicará para o Estado o dever de se abster de praticar atos que prejudiquem a realização integral dos direitos fundamentais no que se incluem, notadamente, os direitos econômicos, sociais e culturais; o dever de proteção que, à sua vez ordena que ele aja de modo a resguardar e salvaguardar o indivíduo à integridade dos seus direitos fundamentais contra ameaças ou violações por parte de outros indivíduos devendo, portanto, atuar como *garante* da plenitude dos direitos sociais, inclusive no âmbito das relações privadas, tenham ou não cunho econômico; e, finalmente, quanto ao dever de promoção se-lhe impõe promover as políticas públicas positivas no intuito de efetivação das condições materiais relativas a tais direitos. Esta é, enfim, a ideia que se acha na base do Estado de Bem-Estar, que demanda do Estado uma atuação efetiva e de equilíbrio na distribuição das riquezas e dos bens, orientada para a vida digna de um e de todos.

O Estado, vinculado que está à persecução de uma vida digna para todos, no exercício de sua tarefa de garantia, tem o dever de conformar a ordem econômica de acordo com uma estrutura constitucionalmente delineada e finalisticamente orientada à realização da dignidade humana.

No Estado democrático de Direito, solidário e plural, a intervenção estatal nem sempre é direta, nem de intervenção direta na economia, pois não lhe cabe determinar quem deve ou não participar da economia. Cumpre-lhe então garantir, por prática de atos legislativos, administrativos e judiciais, que os agentes econômicos ajam de acordo com o propósito social de alcançar uma existência digna para todos na construção do *bem comum*.

O mesmo não ocorre com a ordem social. Num Estado democrático de Direito, a solidariedade e a Justiça Social constituem a base estrutural. Embora tanto a ordem econômica como a ordem social nele desempenhem função fundamental para afirmar deveres de todos na persecução do *bem comum*, no escopo do sumo bem da felicidade,

esta visa diretamente à produção do bem-estar de todos e de cada um; ela é inteiramente conformada pelo Poder Público, objetivando imediatamente à existência digna, sendo tomada como uma finalidade da normatização constitucional.

Não é uma postura simpática falar da solidariedade como algo heteroviculante, que independa de uma emanção de vontade de alguns, da maioria ou da totalidade das pessoas que convivem em uma dada sociedade.

E essa postura não passará a ser simpática à maioria a partir desta investigação, muito especialmente pela projeção ainda muito forte do Positivismo Jurídico, ancorado na imprescindibilidade de reserva de lei, na concepção rousseauiana, emanada do Parlamento (uma fonte soberana habilitada pela vontade popular) e pelo conceito de liberdade do Estado Liberal, ainda demasiado arraigado na consciência da sociedade.

Se a lei só pode advir de uma emanção estatal, como falar em uma vinculação a deveres que não sejam criação do Estado, do *Poder*, enquanto expressão da soberania popular?

Observe-se que a ideia de identificação entre o Estado e o Direito, ao menos sob o ponto de vista do monopólio na criação deste último por uma autoridade estatal, é fenômeno da Modernidade do qual somente se pode cogitar com o surgimento do próprio Estado.

Antes dele não havia falar em monopólio, porquanto existiam tantos centros de poder político e decisórios quantos eram os feudos, o que implicava, naturalmente, uma pluralidade de fontes do Direito na medida em que cada um deles possuía seu próprio sistema normativo; a operatividade das normas emanadas do Rei, nesse contexto, era mitigada; além disso, a par da emanção legal do Rei, concomitantemente vigia um conjunto de outras normas originadas, por exemplo, nos costumes, no Direito Concelhio ou Foraleio (os Forais¹⁰⁷⁵) e nas próprias normas do Direito Eclesiástico.

Em face desse sistema pluralista de fontes do Direito, em meio a múltiplos centros produtores de normas jurídicas, não se podia falar em sua estatização, porquanto inexistia um modelo de Estado soberano.

Paulo Otero¹⁰⁷⁶ assinala que *“a história demonstra que a centralização do Poder Real começou por ser uma luta do Rei pela afirmação do seu Direito como lei geral do reino, primeiro através da recepção do Direito Romano, fazendo prevalecer a lei geral*

¹⁰⁷⁵ Documentos reais utilizados em Portugal, em seu império colonial, que visavam a estabelecer um Concelho e a regular a sua administração, limites e privilégios. A palavra "foral" deriva da palavra portuguesa "foro" que, por sua vez, provém do latim "fórum".

¹⁰⁷⁶ In *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. V I, 2º Tomo, Lisboa: Pedro Ferreira Ed., 1999, p.19.

sobre os Direitos particulares dos Senhorios, dos Conselhos e, depois, em relação ao próprio Direito Canónico, acabando o Direito do Estado por substituir gradualmente o Direito Comum ou, pelo menos, proceder à 'estatização' desse mesmo Direito”.

A identificação do Estado com o Direito foi se afirmando gradativamente; ela surgiu com o abandono ao modelo feudal - e com o aparecimento do próprio Estado - e foi se consolidando até a Revolução Francesa quando, enfim, atingiu o seu apogeu.

Os primeiros informes sobre essa identificação remontam a Tomas Hobbes, em cujo pensamento e compreensão em torno do surgimento do Estado, o Direito é um produto do Soberano, na medida em que somente este estava legitimado a “fazer as leis”.

O Direito, nesse encadeamento, além de compreendido como uma criação exclusiva do Estado Absolutista encarnado na figura do Monarca, também traduzia o seu querer, isto é, o Direito significava nada mais do que a vontade do Soberano normatizada.

Entretanto, é no Estado Liberal que a ideia do monopólio estatal na formação do Direito ganhou reforço, em especial a partir da perspectiva do pacto social na construção do Estado segundo o modelo de Jean-Jacques Rousseau, quando a identificação entre Direito e Estado se consolidou no postulado da lei como expressão da vontade geral. À altura, o Direito já não traduzia a vontade do Soberano, mas, irrefutavelmente, enquanto sinônimo de lei, exprimia a vontade geral da maioria do povo, apurada segundo o princípio majoritário e legitimada pela divinização da supremacia do Parlamento.

Todo o Direito, portanto, com o advento do Estado, seguiu sendo um produto de sua exclusiva criação, fundamentado na sua soberania e na legitimidade de sua própria vontade decisória, como observa Paulo Otero¹⁰⁷⁷. O Direito, nessa conjuntura, traduzia, de igual modo, a vontade do Estado, forjada por meio do Parlamento, segundo o princípio majoritário, convertida em lei.

Verifica-se aqui que houve tão só uma substituição da vontade do Monarca pela vontade do Parlamento, seguindo-se, bem por isso, o monopólio estatal. O Direito do Estado apenas recebe uma nova forma de expressão porque, em vez de significar a vontade de um (do Monarca), acaba por constituir o resultado de uma escolha politicamente legitimada pela vontade geral ou pela vontade da maioria, expressa por um Parlamento eleito (democracia representativa), dotado de poderes oriundos de uma Constituição (escrita), tendo a lei como um instrumento garantístico porque geral,

¹⁰⁷⁷ In *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. V I, 2º Tomo, Lisboa: Pedro Ferreira Ed., 1999, p.15.

abstrata e igual para todos (igualdade de todos perante a lei), tudo isso ainda solidificado por um processo de codificação com fito sistematizador do ordenamento jurídico.

Merece registro nesse breve regaste histórico dessa temática que, mesmo no pensamento hegeliano, que concebia o Estado como o verdadeiro fundamento da liberdade, isto é, que preconizava que só nele a liberdade se realizava plenamente; só no Estado a liberdade existia e só nele se poderia falar em vida real e ética porque ele encarnava a unidade do querer universal, essencial, e do querer subjetivo¹⁰⁷⁸, não se poderia sequer cogitar da produção do Direito que não pela via estatal, pois nele o Estado assumia, com maior evidência, no desempenho de seu papel realizador da liberdade e de único garante da felicidade, a centralidade na produção do Direito.

Mas a questão do monopólio estatal na produção do Direito, ou seja, o Estado como a única fonte do Direito, ganhou reforço teórico-jurídico nos desenvolvimentos da *Escola de Viena*¹⁰⁷⁹ como dantes analisamos, e em seu postulado de que o Direito é um produto exclusivamente do Estado; que todo o Direito se reduz ao Direito posto, ou seja, ao Direito Positivo, sendo algo que só vale e somente poderá ser aplicado se reconhecido pelo próprio Estado.

Mas, consoante bem observa Paulo Otero¹⁰⁸⁰, “*o progressivo aumento das tarefas confiadas às estruturas decisórias do Estado, enquanto expressão da prossecução do bem-estar (material, imaterial e atemporal) por parte do Estado Social, conduziu a um movimento descentralizador da decisão jurídico-pública*”, acarretando que o Estado já não fosse mais a única entidade pública a ditar normas de convivência social. Tanto é assim que, hodiernamente, há uma multiplicidade delas, todas titulares, ao menos em parte e de forma autônoma, de “*poderes normativos sobre diferentes interesses respeitantes a uma diversidade de matérias*”, a ponto de sequer podermos falar nos dias atuais de uma única Administração Pública, mas em várias delas.

¹⁰⁷⁸ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, in *Filosofia da História*, 2ª ed. Brasília: Editora UNB, 1995, p.39.

¹⁰⁷⁹ Da qual Hans Kelsen foi o que galgou maior expressão, adquirindo notoriedade ao fazer a ligação entre a metodologia neokantiana da *Escola de Marburgo* e o neopositivismo, conservando, de Immanuel Kant, a radical separação entre *ser* e *dever ser*, bem como o unilateralismo lógico-formal do *a priori*. Foi um ferrenho defensor do princípio segundo o qual cada ciência tem de ter o seu próprio método. Assim, pugnou que a Ciência do Direito, como ciência normativa, não pudesse utilizar os métodos das ciências da natureza (por exemplo, em vez do conceito psicológico de *vontade*, a Ciência do Direito devia, para ser ciência, utilizar o conceito jurídico de *imputação*).

¹⁰⁸⁰ In *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. V I, 2º Tomo, Lisboa: Pedro Ferreira Ed., 1999, p.24.

Com isso, o autor sinaliza que no âmbito do próprio Estado, este perdeu, por exemplo, o monopólio da função administrativa, acarretando, com isso, que ele conviva com outras entidades titulares do poder de criação do Direito.¹⁰⁸¹

Esse fenômeno não se verificou apenas no âmbito da Administração Pública, porquanto podemos assisti-lo mesmo em nível do Poder Legislativo, onde esse movimento de descentralização político-administrativa acarretou uma inevitável repartição do monopólio legislativo que não pode prescindir de compartilhar aquilo que era seu espaço exclusivo de normação estatal, abalando sobremona o postulado liberal da supremacia do Paramento.

A verdade é que esse movimento de descentralização não repercutiu apenas no plano estatal, mas trouxe também consigo o reconhecimento gradativo e cada vez maior, de espaços de liberdade e autonomia da sociedade civil na produção e na criação do Direito, o que, segundo Paulo Otero¹⁰⁸², não constitui nenhuma *graça* ou *dádiva*, “antes representa uma imposição natural de um Direito anterior e superior ao Estado”.

Segundo o mesmo autor, ainda que abstraída da questão da autonomia normativa toda a fundamentação em torno da dignidade da pessoa humana no que concerne às pessoas ou entidades coletivas privadas, a própria Constituição, muitas vezes, como decorrência dos próprios direitos fundamentais que ela reconhece, confere essa autonomia como garantia, quando, exemplificativamente, assegura a liberdade de associação, a autonomia universitária privada, a liberdade de iniciativa econômica privada e cooperativa, cuja estrutura ontológica não dispensa competência para produzir o Direito que regula tais relações. Em exemplo de fácil assimilação no constitucionalismo brasileiro está a Justiça Desportiva, de modo que, no Brasil, sequer há falar em reserva de jurisdição.

Pode-se, então, dizer, que aquele movimento de descentralização e desregulação implicou devolver, em larga escala, à sociedade civil, espaços de criação do Direito, diminuindo, paulatinamente, o papel interventor do Estado e, ao mesmo tempo, “revelando uma diversidade de manifestações do pluralismo social colhidas pelo Direito”¹⁰⁸³. Vemos exemplos diuturnos dessas manifestações, ilustrativamente, nas

¹⁰⁸¹ Exemplo disso, considerando um Estado Unitário, pode-se falar na autonomia, em termos de produção normativa, regulamentar das autarquias locais; nos Estados Federativos, na autonomia governamental e normativa dos Estados e do Municípios, que também ocorre em se tratando de Estados Confederados. Pode-se citar, ainda, a autonomia estatutária das universidades públicas,

¹⁰⁸² In *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. V I, 2º Tomo, Lisboa: Pedro Ferreira ed., 1999, p.26.

¹⁰⁸³ OTERO, Paulo, in *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. Volume I, 2º Tomo, Lisboa: Pedro Ferreira ed., 1999, p.27.

normas emanadas pelo Conselho Federal de Medicina; pelo Conselho Regional de Arquitetura, pelas normas emanadas *interna corporis* pelos partidos políticos, pelas estabelecidas pela Ordem dos Músicos e pela Ordem dos Advogados, para ficar em poucos exemplos, espaços de autorregulação privada, não estatal, e que fazem prova do fenômeno que acabamos de descrever.

Essa realidade desfaz o dogma do monopólio do poder estatal na produção do Direito ao mesmo tempo em que sepulta o intocável postulado liberal da soberania parlamentar, pois nos defronta com uma intensa desestatização¹⁰⁸⁴, em que entidades públicas infraestaduais e mesmo entidades privadas são reconhecidas como titulares de um espaço próprio e reservado na criação do Direito, o que nos permite falar nos dias de hoje, em um verdadeiro pluralismo normativo, expresso na ideia de um Estado pluralista e democrático.

A par do movimento descentralizador que acima destacamos, não há nenhum exagero em afirmar que *nunca*, nem a mais quimérica pretensão à identificação do Estado com o Direito, se pode dizer, em toda a existência humana conhecida, que o Direito é fonte exclusiva do Estado.

Sempre houve historicamente a intervenção social na sua produção. Basta um olhar para as normas consuetudinárias ou, se preferir, os costumes, a demonstrar, modo irrefutável, não só a autonomia, mas, também e especialmente, a precedência do Direito em relação ao Estado.

Não obstante todas essas ideias, a solidariedade colocada como uma heterovinculação ainda segue antipática aos olhos da contemporaneidade, agora, com o aumento da supremacia da Constituição. Ao nosso modo de ver, aqui ocorre fenômeno semelhante, senão igual, àquele que ocorreu na Modernidade por ocasião da substituição da vontade do Monarca pela vontade do Parlamento, apesar que, agora, o monopólio se deslocou para a Constituição e para o Poder Constituinte. A divinização apenas mudou o foco. Sua teleologia parece ser a mesma, senão vejamos.

A Constituição é uma norma positiva, tida como a expressão da vontade livre e soberana de um povo relativamente à organização do Estado, compreendida como o conteúdo e a extensão dos princípios, das regras e dos valores que esse mesmo povo consagra.

¹⁰⁸⁴ Paulo Otero (in *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. V. I, 2º Tomo, Lisboa: Pedro Ferreira Ed., 1999, p.28), sem prejuízo dos excessos que uma tal postura passa conduzir, chega ao ponto de visualizar aí um certo “movimento de *neofeudalização*”.

Por essa razão, na concepção piramidal positivista de Hans Kelsen, a Constituição ocupa a mais elevada posição, estando, portanto, no topo da pirâmide. E essa crença de que ela expressa *a vontade máxima de um povo livre e soberano* confere a ela o atributo de ser “suprema” - a *Supremacia da Constituição* -, onde, na tradição, acredita-se que o Poder Constituinte é *ilimitado* (bem à moda de Rousseau) na medida em ele antecede a própria criação do Estado e independe de qualquer ordem jurídica estabelecida.

Sob essa visão estritamente positivista, uma Constituição não deve obediência a ninguém e é obrigatória e vinculante de todas as demais leis que nela encontram o seu fundamento último.

A ideia de Constituição, como vimos, enquanto um lócus de organização do poder do Estado e também de limitações desse mesmo poder, remonta ao Século XVII, precisamente pela *Bill of Rights*, de 1668 (definindo, na Inglaterra, limitações do poder do Monarca), seguindo-se àquelas surgidas com o processo de independência dos Estados Unidos da América, que culminaram com a Constituição Americana de 1776 e poucos anos após com a Constituição Francesa, editada com base na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, com a consagração dos ideais liberais da Revolução Francesa, acabou abarcando essa concepção de uma “carta política” dotada de supremacia.

Observamos, também, que, ao longo do processo evolutivo, esse tradicional lócus de organização e de limitação do poder do Estado sofreu profundas transformações, com mudanças de paradigma, para agregar uma dimensão social, fazendo com que fossem ampliadas as tarefas do Estado nas esferas econômica e social.

Entretanto, muito por influência do positivismo kelseniano, durante anos, a Constituição, em que pese a sua *supremacia*, desempenhou um papel até secundário, porque ainda muito enraizada na ideia de que ela configurava uma espécie de “*carta de intenções*”, cujo legislador ordinário era o seu destinatário, sequer se cogitando de uma tutela judicial em caso de seu descumprimento.

Contudo, o advento de duas grandes guerras mundiais fez emergir a consciência de que a existência de uma Constituição, vista numa acepção meramente normativa, de nada serviu para evitá-las; ao contrário, algumas Constituições legitimaram inclusive o surgimento de Estados Totalitários, em desprestígio ao próprio constitucionalismo, inaugurando-se, desde então, uma nova fase, em que a Constituição já não pode mais ser compreendida como desprovida de efetividade.

Entretanto, as preocupações mundo a fora com possibilidades, especialmente no mundo ocidental e no plano doutrinário, de o Legislador Constituinte, inclusive o originário, desbordar, exorbitar ou se desviar de seu poder, seguiram ensejando reflexões sobre o tema, em cujo contexto tiveram expressão os desenvolvimentos de Otto Bachof.

Com efeito, embora as possibilidades de haver ou não, no bojo de uma Constituição, normas originais inconstitucionais no sistema jurídico alemão - a tônica do pensamento que ora passamos a analisar - Otto Bachof desenvolveu essa teoria em uma conferência por ele realizada em 20 de julho de 1951. Portanto, ela aportou como discussão jurídica que tinha como referência um momento histórico de pós-guerra, em que ainda repercutiam os horrores do nazismo e, portanto, quando a Alemanha passava por turbada transição sociopolítica, na sequência da ditadura nacional-socialista e totalitária.

Paralelamente e também nesse contexto, especialmente na Alemanha, travam-se acirradas discussões doutrinárias contrárias ao Positivismo que como vimos, em termos de violações extremas à dignidade da pessoa humana, nada foi capaz de impedir, muitas das quais ocorreram na vigência da Constituição de Weimar.

Uma dessas discussões dizia justamente respeito à possibilidade de ocorrerem normas constitucionais inconstitucionais e, nessa perspectiva, inválidas, o que compreendia também, ao debate em torno do correlato direito de controle judicial, questão que ainda se coloca como um problema atual à medida que essa problemática pode trazer como consequência que uma norma constitucional não seja obrigatória, aos moldes do que ocorre com quaisquer outras normas jurídicas que podem ser questionadas judicialmente, em face da Constituição, no que respeita a sua constitucionalidade.

Muito embora fossem mínimas, a juízo do autor germânico em tela, as possibilidades de que um legislador, agora livre e democrático, se desviar dos limites da Constituição, mormente no âmbito de um Estado de Direito em que o próprio poder estatal está sujeito às normas que cria, configurando quase uma impossibilidade prática, os alemães trataram desse fenômeno, no âmbito teórico, era necessário refletir, no âmbito doutrinário sobre essa possibilidade, para que os horrores da guerra jamais tornassem a acontecer; para que a Constituição não lhes desse a menor guarida, razão pela qual *o debate em si já servia de uma espécie de advertência permanente sobre os*

próprios limites do poder estatal porque, consoante pontuou Hippel¹⁰⁸⁵, a restrição de uma Constituição apenas à sua positividade redundaria no reconhecimento do Direito como sinônimo de Poder.

É nessa discussão e no momento histórico acima enfatizado que a teoria de Otto Bachof é posta em debate e se projeta, inclusive em termos de Conceito de Constituição, de natureza do Poder Constituinte material, bem como em aspectos processuais à medida que vai colocar em causa a justiciabilidade contenciosa de constitucionalidade. Afinal, quem vai dizer que uma norma constitucional originária é inconstitucional? Quem a criou? Seu intérprete? Em sede de controle difuso ou concentrado?

Os desenvolvimentos teóricos de Otto Bachof foram antecidos por acirrados debates em torno dos limites do poder de emendar e reformar a Constituição que, como observou Yaniv Roznai¹⁰⁸⁶, floresceu durante as três primeiras décadas do Século XX, quando algumas argumentavam, por exemplo, que emendas não poderiam fundamentalmente mudar o plano de um governo, além de assentarem que há certas matérias ou conteúdos naturais, direitos inalienáveis, que não poderiam ser abortados da Constituição, pagando por limitações intrínsecas no poder de reforma e de emenda constitucional (emenda deveria ser vista como “emenda” e não como uma substituição da Constituição); enquanto outras fortemente defendiam a visão de que o poder de emenda não conhecia nenhum limite.

Yaniv Roznai¹⁰⁸⁷ reporta que, “*around that same period, French scholars developed the idea of ‘supra-constitutionality’. Pierre Guillemon argued that ‘supra-constitutional laws’ exist above constitutional laws, such as the principles of the ‘French Declaration of the Rights of Man and Citizen’ of 1793, which are beyond the scope of the amendment power*”.

Um dos autores que defendeu fervorosamente essa postura segundo Yaniv Roznai¹⁰⁸⁸, foi o jurista de Bordeaux Léon Duguit, que reivindicava que a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* de 1789, simplesmente reconheceu e proclamou direitos pré-existentes que, por conseguinte, eram direitos anteriores à Constituição e por isso detinham o *status* de *supra-constitutionais*, impondo limites à legislação

¹⁰⁸⁵ Apud BACHOF, Otto, in *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, p.45.

¹⁰⁸⁶ ROZNAI, Yaniv, in *etheses.Ise.ac.uk*, p.47 acesso em 04-03-2019.

¹⁰⁸⁷ ROZNAI, Yaniv, in *etheses.Ise.ac.uk*, p.51, acesso em 04-03-2019.

¹⁰⁸⁸ ROZNAI, Yaniv, in *etheses.Ise.ac.uk*, pp.52-53, acesso em 04-03-2019.

constitucional e, *a fortiori*, à legislação ordinária. Yaniv Roznai ainda alude que, também na França, Maurice Hauriou foi além, porque ele não apenas arguiu que a limitação explícita de emenda na forma republicana de governo de 1884 foi válida, mas, também, que a emenda que revisasse a forma republicana de governo poderia ser inconstitucional; ele também reivindicou que acima da Constituição escrita havia certos princípios fundamentais lastreados em uma *supraconstitucionalidade*, ainda que não estivessem escritos, princípios que, no entender de Maurice Hauriou, não se sujeitavam a emendas tampouco à derrogação da Constituição.

Essa corrente de pensamento se projetou de modo especial no constitucionalismo alemão de maneira a conformar o entendimento, por exemplo, de que certas liberdades contêm uma *“superlegalite constitutionelle, which is raised not only above the usual simple laws, but also over the written constitutional laws, and excludes their replacement through laws of constitutional revision. ... it is not the intent of constitutional arrangements with respect to constitutional revisions to introduce a procedure to destroy the system of order that should be constituted by the constitution. If a constitution foresees the possibility of revisions, these revisions do not provide a legal method to destroy the legality of the constitution, even less a legitimate means to destroy its legitimacy,* como se revelou o pensamento de Carl Schmitt¹⁰⁸⁹, refletindo sobre os teóricos franceses da supralegalidade.

De acordo com Carl Schmitt¹⁰⁹⁰, os princípios substantivos materiais de uma Constituição não são disponíveis aos poderes constituintes, tampouco sujeitos aos procedimentos de emenda, por constituírem aquilo que foi designado como a essência da Constituição. Conferem a ela identidade e por isso, insuscetíveis de emenda, mesmo não estando nela escritos.

Essa noção de que os princípios carregam um *status* supraconstitucional foi amplamente acolhida na jurisprudência alemã, endossando ideias de leis naturais. Tal corrente de pensamento encontrou nos desenvolvimentos do jurista Gustav Radbruch¹⁰⁹¹, uma liderança na arguição, no pós-guerra (finda em 1944), em torno da

¹⁰⁸⁹ SCHMITT, Carl, in *La Valeur de l'État et la Signification de L'Individu* (1914). Edição de Sandrine Baume: Génév: Librairie Droz, 2003, p.64.

¹⁰⁹⁰ SCHMITT, Carl, in *Teoria de la Cosntituición* (1928). Tradução Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2001, pp. 62 e s.

¹⁰⁹¹ RADBRUCH, Gustav, in *Filosofia do Direito*. Tradução de L. Cabral de Moncada. Coimbra: Antônio Amado, 1979, pp.415-418. O jurista alemão era opositor ferrenho ao positivismo jurídico, especialmente porque *“esta concepção de lei e sua validade, a que chamamos de Positivismo, foi o que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas.*

existência de padrões mínimos de justiça que a lei positiva não pode violar: “*Where there is not even an attempt at justice, where equality, the core of justice, is deliberately betrayed in the issuance of positive law, then the statute is not merely ‘flawed law’, it lacks completely the very nature of Law*”.

A ideia de uma supraconstitucionalidade limitativa de uma Constituição, portanto, não é uma ideia inovadora, recente, mas ela foi sumarizada e especialmente desenvolvida por Otto Bachof em sua obra antes mencionada que, em alemão leva o nome de *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*, publicada em 1951, preconizando que acima da lei positiva existe uma lei natural que limita inclusive a legislação constitucional. E esta somente é válida se corresponder àqueles às normas desse “Direito Supralegal”.

Otto Bachof se questiona, à vista dessa percepção, sobre o conteúdo e o alcance de certas normas constitucionais e receia, naquele ambiente pós-guerra, que o legislador constituinte possa mesmo exorbitar de sua missão e de seus poderes no âmbito de suas decisões, deixando incompleta ou inacabada a ideia do Império do Direito (neste aspecto, compreendendo-o como nós, fundado na dignidade da pessoa humana e sua essência e tendo esta por seus fins últimos), desviando-se dele, o que atormentava o mestre alemão, pois isso colocaria o povo, outra vez, na condição do dever de obedecer a normas emanadas de uma atuação estatal contrárias à justiça, nos termos em que havia ocorrido em passado recente.

Essa mesma preocupação norteou o Tribunal Constitucional Federal Alemão, bem assim outros Tribunais, a reconhecerem, em diversas decisões, a existência de um “Direito Suprapositivo” que, destarte, vinculava também o Legislador Constituinte.

O mestre Alemão compreendia a Constituição como um sistema de normas. Pressupunha que “uma norma só pode ser medida por normas não por uma situação ou por um processo evolutivo”¹⁰⁹². Segundo essa ideia, Otto Bachof procede a uma distinção conteudística na Constituição, sustentando haver *normas materialmente constitucionais* e *normas apenas formalmente constitucionais* a legitimar que se fale em *Constituição Material* e *Constituição Formal*.

Em sentido material, a Constituição se traduz, a seu ver, como um conjunto de normas jurídicas sobre a estrutura, as atribuições e competência dos órgãos supremos do

Torna equivalente, em última análise, o direito e a força, levando a crer que só onde estiver a segunda estará também o primeiro”.

¹⁰⁹² BACHOF, Otto, in *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, pp.38 e s.

Estado, sobre as instituições estatais fundamentais e sobre a posição do cidadão (do ser humano) no Estado. No conceito de Constituição Material igualmente se insere as disposições sobre direitos fundamentais.¹⁰⁹³

Em sentido formal, a Constituição será apenas uma lei que, não obstante referir disposições não essencialmente constitucionais, essas foram guindadas à condição constitucional por terem sido por ela recepcionadas, quer por razão de cunho político, quer social, e até mesmo no propósito de que não fossem desqualificadas pelo legislador ordinário.

Desde tal compreensão, e segundo a perspectiva da existência do referido “Direito Supralegal”, Otto Bachof desenvolveu sua abordagem em torno das normas constitucionais inconstitucionais que seriam, então, inválidas, se o infringisse. O “Direito Supralegal” (pré-estatal, supraestatal, suprapositivo ou direito natural, como muitas vezes a ele se refere a doutrina) seria a garantia de que o Legislador Constituinte jamais poderia exorbitar de seu poder, porque esse direito balizaria e serviria como critério de validade de toda a sua atuação, isso segundo uma ideia de que, ao mestre alemão, parecia que negar a existência de um conjunto mínimo de direitos e deveres à própria condição humana seria rejeitar o fato de que a imensa maioria das pessoas prefere viver a não viver, inclusive, rejeitar que desejam um tipo de vida mais abundante e completa do que aquelas que simplesmente lhes assegure a mera existência física desprovida de dignidade, ideia que, em Bachof, se impõe até ao Poder Constituinte originário.

Desde tal compreensão e segundo a perspectiva da existência do referido “Direito Supralegal”, Otto Bachof desenvolveu sua abordagem em torno das normas constitucionais inconstitucionais que seriam, então, inválidas, se o infringisse. O “Direito Supralegal” (pré-estatal, supraestatal, suprapositivo ou direito natural, como muitas vezes a ele se refere à doutrina) seria a garantia de que o Legislador Constituinte jamais poderia exorbitar de seu poder, porque esse direito balizaria e serviria como critério de validade de toda a sua atuação, isso segundo uma ideia de que, ao mestre alemão, parecia que negar a existência de um conjunto mínimo de direitos e deveres à própria condição humana seria rejeitar o fato de que a imensa maioria das pessoas prefere viver a não viver, inclusive, rejeitar que desejam um tipo de vida mais abundante e completa do que aquelas que simplesmente lhes assegure a mera existência

¹⁰⁹³ Boa parte da doutrina vai ao ponto de entender que a Constituição só se relaciona a essas matérias. O restante das matérias que a integram não têm propriamente conteúdo constitucional.

física, desprovida de dignidade, ideia que, em Bachof, se impõe até ao Poder Constituinte Originário.

Isso porque o “Direito Supralegal” seria composto de normas que antecedem a própria existência do Estado. Tais normas não se referem apenas à existência do homem, como vida, liberdade, sendo que sua precedência impõe sua observância por todos os Estados, isso independente de estarem positivados nas respectivas Constituições.

Na Alemanha, essa teoria não chega assumir uma problematização tão intensa, porquanto o “Direito Supralegal” foi acolhido pela Lei Fundamental de Bonn, em seus artigos I, 3, 20, nº 3 e 25, incorporando esses valores metafísicos na própria Constituição. Por lá, portanto, o “Direito Supralegal” foi reconhecido constitucionalmente como válido uma vez que dotado de uma positividade ao nível constitucional. Para além de recepcioná-lo, a Lei fundamental de Bonn ainda inclui o “Direito Supralegal” no catálogo das normas insuscetíveis de modificação, as chamadas cláusulas pétreas, consoante dispõe o artigo 79, nº 3º, incorporando-o não com eficácia constitutiva, mas, e especialmente, declaratória.

Mas isso não significa, na visão de Otto Bachof, que a Constituição Alemã tenha incorporado todas as normas de direito natural, tampouco expressa que todas as normas apenas formalmente constitucionais estejam em conformidade com o “Direito Supralegal” positivado. Então, o mestre alemão vai sustentar que o reconhecimento da existência de um direito natural não pode demandar apenas um reconhecimento parcial; se ele existe, ele é, portanto, válido, independente de estar ou não positivado. Seu reconhecimento parcial importa uma contradição, mormente porque o conceito de Constituição Material exige que se leve em consideração o direito natural como um todo. Daí a postura de Otto Bachof de que a autonomia do poder constituinte originário é ilimitada em termos, porque ele ainda estaria invariavelmente vinculado ao “Direito Supralegal”, cuja violação lhe contaminaria com o vício de inconstitucionalidade.

É de consenso que uma Constituição pode ser violada tanto em seu aspecto formal, como no seu núcleo material. A primeira hipótese será aquela em que uma norma não preenche os pressupostos formais constitucionais necessários à sua elaboração. Já a segunda hipótese restará configurada toda vez que uma norma determinada infringir tema materialmente constitucional, contrariando, por conseguinte, o “Direito Supralegal” positivado.

Veja-se que até aqui não há problemas porque, se positivado pela Constituição, não ensejaria, de rigor, discussão em torno de normas originariamente inconstitucionais, mas de limitações de ementas e reformas da Constituição. Mas não é só.

Para Otto Bachof, é ilegal toda e qualquer norma que não preencha os requisitos formais necessários para sua criação, apresentando, assim, vício de forma. O autor, portanto, identifica a legalidade com a própria questão formal.

Por outro lado, no que tange à legitimidade, compreendida como uma espécie de “*vontade do povo*” (aqui fazendo sentido aquela “ordem objetiva de valores”, especialmente teorizada por Rudolf Smend), para Otto Bachof essa se confunde com o próprio “Direito Supralegal”, incorporando *aquilo que todos anseiam, envolvente de relações com princípios morais, éticos, humanísticos que orientam a sociedade e guiam uma ordem constitucional*.

Quando se tratar de uma nova ordem constitucional (de regra, instaurada pós-revolução), não se poderia falar em legalidade, porque, no particular, o poder constituinte originário é soberano, não se sujeitando, à partida, a regras formais preestabelecidas. Suas limitações se restringem ao âmbito da *legitimidade*, uma vez que, *ao criar uma nova ordem constitucional, o poder constituinte é absolutamente vinculado ao “Direito Supralegal”*.

O mestre alemão entende perfeitamente possível que em algum momento depois da criação de uma Constituição, nela se verifique alguma ilegalidade (sempre formal), conquanto se constate alguma inobservância de algum requisito formal previsto no seu próprio texto.¹⁰⁹⁴

Otto Bachof também analisa sua teoria à luz de inconstitucionalidade sob o enfoque das leis de alteração da Constituição, pois é recorrente que elas consagrem disposições que importem em variações e até corrupções de seu texto, no intuito de conferir rigidez, uma maior segurança quanto à conservação da Constituição e daquilo tudo que seja o cerne que ela intenta consagrar, especialmente em face de sua inegável superioridade e importância.

É certo que tais limitações podem ser de ordem formal ou material. No âmbito formal, uma lei que objetive alterar a Constituição (emenda) deve, obviamente, preencher os requisitos necessários impostos pela mesma Constituição, pena de invalidade. Na seara material, a inconstitucionalidade advém de matérias próprias da

¹⁰⁹⁴ Um exemplo nos permite entender melhor a proposição: imagine-se que uma norma da nova Constituição preveja que ela somente entrará em vigor após a sanção presidencial (não é o caso da Constituição Brasileira), e esta fosse promulgada e publicada antes da sanção em tela.

Constituição que não podem ser objeto de alteração, também sob pena de invalidade¹⁰⁹⁵, de modo que toda a lei que violar formal e materialmente uma Constituição será fulminada pelo vício da inconstitucionalidade.

Entretanto, Otto Bachof entende que existe a possibilidade dessa inconstitucionalidade converter-se em Direito Constitucional vigente, desde que a infração, fundada na vontade do povo e amparada do “Direito Suprapositivo”, ainda que não atenda aos requisitos necessários ou mesmo modifiquem matéria definida pela Constituição, como inalterável, se imponha, tornando-se Direito válido, posto, apto então, a gerar efeitos.

No caso, não haveria propriamente uma revisão, sendo mesmo o caso de remoção de parte da Constituição nesse contexto já existente. Também aí já não se trataria de ato sujeito aos limites constitucionais por não advir de um poder constituído, mas de um poder constituinte originário, ancorado na vontade do povo, o verdadeiro titular do poder.

Em seus desenvolvimentos teóricos, especialmente a partir de sua concepção de Constituição, uma dimensão material, onde estão contidas as normas essencialmente constitucionais, e outra dimensão meramente formal, não representando o fundamental em uma Constituição, o jurista alemão também compreende que existe inconstitucionalidade entre normas constitucionais em decorrência de contradição com normas constitucionais superiores (materiais) e inferiores (formais). Havendo contradição destas em relação àquelas, as inferiores seriam inconstitucionais e não

¹⁰⁹⁵ Tenha-se aqui outro exemplo nas chamadas cláusulas pétreas, na Constituição Brasileira, como se extrai do artigo 60:

“Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa”.

vinculativas e, portanto, não sendo estas obrigatórias, na medida em que torná-las efetivas poderia violar o “Direito Supralegal”.

Mas Otto Bachof sustenta que nem sempre essa pretensa incompatibilidade entre normas constitucionais de graus diversos irá suscitar uma inconstitucionalidade, pois sempre haverá possibilidade de o Legislador Constituinte Originário, independente e autônomo, criar exceções ao direito estabelecido, configurando-se aí uma regra de exceção.

O jurista alemão adverte, contudo, que ao se admitir as exceções, o Legislador Constituinte deve ter redobrado cuidado para, em qualquer hipótese, não infringir norma de “Direito Supralegal” uma vez que, segundo sua tese, até o Legislador Constituinte Originário tem sua legitimidade limitada por esse direito pré-estatal; é dizer, nem mesmo normas excepcionais serão admitidas como válidas se esse Direito Suprapositivo não for respeitado.

E se o legislador, mesmo sem perceber, criar uma disposição constitucional inferior a uma norma de grau mais elevado, considerando que não existe como provar que a contradição emergiu de um simples erro do legislador, essa contradição será insolúvel, não podendo aí subsistir sequer uma regra ou exceção, pois mesmo na interpretação a vontade do legislador é vinculada ao “Direito Supralegal”.

Otto Bachof examina, ainda, as inconstitucionalidades resultantes da mudança de natureza de normas constitucionais, com enfoque na cessação de vigência, sem disposição expressa, quando certos pressupostos que, inicialmente, foram determinantes da criação de uma norma, não se verificarem posteriormente, frustrando, desse modo, as expectativas que se esperava ou mesmo acarretando a perda de seu sentido.

Nesse caso, no entendimento do mestre alemão, cumpre ao legislador verificar as consequências daí advindas e, na sequência, proceder às devidas modificações. De igual modo, em existindo a necessidade de integração da ordem constitucional, vê a possibilidade de algumas normas presentes na Constituição se tornarem obsoletas. Isso se verificará quando elas não cumprirem mais a sua função integradora, porventura até atuando de modo contrário, promovendo uma desintegração, quando se colocará a questão de diferenciar se tais normas, a partir do momento em que comecem a produzir a referida desintegração, passem a ser arbitrárias e, portanto, tornando-se inconstitucionais, sempre primando pela sua compatibilidade com as normas de “Direito Supralegal”.

Na proposição de Otto Bachof, quando uma norma jurídica infringe o “Direito Supralegal” positivado na Constituição, isso configura mais do que um aviltamento ou uma contrariedade ao Direito Natural (tomando-se aqui por parâmetro a Constituição Material), mas, igualmente, uma inconstitucionalidade em sentido formal. Sim, pois, uma vez incorporados, os “Direitos Supralegais” do texto da própria Constituição, isso traz como consequência a configuração de uma afronta ao próprio conteúdo fundamental da Constituição, de tal maneira que se pode afirmar que essa norma nova será material e formalmente inconstitucional e, por isso, não constituir Direito válido, não gerando obrigatoriedade nem acarretando vinculação jurídica, valendo ressaltar que a positivação do Direito Supralegal não implica criação de norma nova; apenas reconhece um Direito que precede a Constituição.

Outro aspecto importante a considerar diz com a possibilidade de violação de Direito Constitucional não escrito. Nesse âmbito, Otto Bachof também admite a perspectiva de subsistir inconstitucionalidade de norma presente na Constituição, desde que esta esteja em desacordo com o Direito Constitucional Material (concernente ao seu conteúdo material) ainda que não escrito, advogando, sem pretensão de esgotar o tema, que isso pode ocorrer em três hipóteses: a) a inconstitucionalidade por infração de princípios constitucionais não escritos do sentido da Constituição; b) a inconstitucionalidade por infração de Direito Constitucional Consuetudinário; e, c) inconstitucionalidade por infração de “Direito Supralegal” não positivado.

Sobre a inconstitucionalidade por infração de princípios constitucionais não escritos do sentido da Constituição, o constitucionalista alemão entende que existem princípios sobre os quais se assentam a ordem constitucional, ainda que não estejam presentes expressamente em seu texto. Na hipótese de esses princípios não integrarem o rol dos Direitos Supralegais, eles estarão à disposição do Poder Constituinte desde o início da elaboração do texto. Na referida oportunidade, então, caberá ao legislador ordinário decidir sobre quais os princípios norteadores que irão alicerçar a ordem constitucional. A partir da escolha, tais princípios serão vinculantes, ainda que não expressos. Relativamente ao Poder Constituído¹⁰⁹⁶, entretanto, seria impensável romper com a ordem demarcadora do texto constitucional, pois não está na esfera de sua discricionariedade esse poder de revisão.

¹⁰⁹⁶ Que, no Direito Constitucional Brasileiro, se refere à competência reformadora.

No tópico, é de bom alvitre sinalizar para uma distinção entre texto e norma. É dizer, nem sempre haverá um texto a expressar uma norma que pode, aliás, ser haurida do sistema, independente de um suporte físico.¹⁰⁹⁷

Concernente à inconstitucionalidade por infração de Direito Constitucional Consuetudinário, Otto Bachof considera o próprio Direito Constitucional Consuetudinário como uma modalidade de Direito Constitucional não escrito, assumindo, daí, a postura de que o Direito Constitucional não escrito poderá não apenas completar, mas, também, afastar do Direito Constitucional. Essa última hipótese ocorrerá especificamente quando houver mudança paulatina no sentido das normas, mesmo que não houver correlata alteração textual. Cuida-se de caso típico de influência da hermenêutica na forma de ver e aplicar o Direito. É como se fossem sendo gradativamente alterados pelo Direito Consuetudinário, por interpretação, os sentidos dados à norma constitucional, como, exemplificativamente ocorre com as chamadas mutações constitucionais, em que ocorre um câmbio de sentido sem alteração do texto. Nesses casos, se essas mutações acarretarem demasiadas ampliações ou mitigações do sentido original da norma constitucional, Otto Bachof vai defender que daí possa também advir a inconstitucionalidade da norma. É dizer, mesmo que não reconheça a imutabilidade da Constituição, o autor vai dizer que mesmo nessa situação há limitações que, não sendo observadas, podem gerar inconstitucionalidade decorrente do novo sentido em relação ao direito constitucional já concretizado.

Resta ainda a análise da hipótese de inconstitucionalidade por infração de Direito Supralegal não positivado. Nesse sentido e pelas razões já anteriormente invocadas no sentido que a simples existência de uma Constituição e de um Direito posto não impediu os horrores das guerras mundiais da primeira metade do Século XX, o Direito Alemão se acha todo guiado pela existência de uma ordem ou orientação maior ou superior ao próprio Direito posto pelo Estado, uma ordem que denomina “Supralegal”, anterior à própria existência do Estado.

No âmbito da Alemanha, esse “Direito Supralegal” já se acha quase que inteiramente positivado no texto da própria Constituição da República Alemã, especialmente por compreender-se que ela expressa os valores do povo alemão. Em

¹⁰⁹⁷ Neste sentido, é oportuna a lição de Humberto Ávila, (*in Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. Malheiros: São Paulo, 2004, p.23), quando afirma que não há uma correspondência biunívoca entre texto e norma para afastar a ideia de que a forma dependa do texto, notadamente enfatizando a hermenêutica, apta a extrair do texto normatividade não escrita, bem como norma sem um dispositivo correspondente.

relação ao Direito, a norma constitucional assume-se como a concretização dos valores maiores de um povo. Assim, o Direito Supralegal é, a seu ver, inerente ao Estado de Direito vinculativo, que é toda ordem constitucional, tanto no plano material, como formal, razão pela qual Otto Bachof classifica como norma legal que viola norma constitucional (material ou formal) que positivou o “Direito Supralegal”, qualificando-a de ilegítima e não obrigatória pelos mesmos fundamentos que preconiza a inconstitucionalidade de toda a norma constitucional que violar “Direito Supralegal” positivado na Constituição, porque, neste caso, ressalta o caráter de igualdade entre o “Direito Supralegal” e o conteúdo material da Constituição.

De qualquer sorte, na teoria do mestre alemão, havendo norma inconstitucional em desrespeito a um “Direito Supralegal” (onde se enfeixam os valores supremos de um povo), mesmo não sendo este positivado, haverá, em sua percepção, inconstitucionalidade e um consequente caráter de não obrigatoriedade, pois é só por meio da conformação da norma constitucional com aquele Direito “pré-estatal” que se mostra realmente possível aferir se o legislador constitucional exorbitou ou não de sua função que, nesse sentido, é potência, e não competência.

Embora não seja pacífica nem na Doutrina nem na Jurisprudência alemãs, a questão da competência judicial de controle, isto é, da esfera de justiciabilidade em torno da constitucionalidade e da obrigatoriedade de uma norma constitucional, é dizer, se tal controle configura “monopólio decisório” dos Tribunais Constitucionais (aos quais pertence o controle de validade das normas constitucionais), porque, de rigor, ficariam de fora os regulamentos jurídicos, inseridos nas competências difusas dos Tribunais. Em uma palavra: se o controle de validade das normas constitucionais ficaria restrito aos Tribunais Constitucionais, restariam de fora desse controle os regulamentos ou aquelas normas inseridos na esfera de competência judicial geral de controle.

Mesmo aí Otto Bachof não vê nenhum problema em sua tese uma vez que o monopólio decisório dos Tribunais Constitucionais não contradiz o princípio da competência genérica de todos os Tribunais. A exemplo do que ocorre na Alemanha, envolvendo todas as questões jurídicas, também os Tribunais inferiores têm por obrigação acatar aquilo que denominou o “melhor juízo” dos Tribunais Superiores, o mesmo ocorrendo em relação às normas constitucionais.

No particular, considere-se que no sistema alemão um juiz no exercício de sua jurisdição não pode, incidentalmente, proceder ao controle de validade de uma norma constitucional, ao contrário do que se verifica no Brasil, em que todo o magistrado

investido de jurisdição em sede de controle difuso, pode declarar a inconstitucionalidade de uma norma constitucional, não raras vezes promovendo verdadeiro decisionismo e substituindo o que deveria ser uma expressão da *communis opinio*, por concepções pessoais e, em larga medida, ideológicas, o que se verifica, modo irrefutável, na atuação do STF, nossa Suprema Corte, em matéria de controle jurisdicional, hoje nitidamente partidarizada (aqui considerando mesmo uma partidarização ao nível de afinidades ideológica e vínculos com partidos políticos, não raro promovendo controles de constitucionalidade disfarçados, pois de conveniência, com força de lei. Assim, o Poder acaba sendo juiz de si mesmo).

A ideia que se projeta na teoria de Otto Bachof lastreada no “Direito Supralegal”, outra não é senão a de que, em efeito, a liberdade conformadora do decisor na determinação do conteúdo da Constituição ou do Direito como um todo, na esteira do entendimento perfilado por Paulo Otero, neste estudo por nós comungado, tem sempre de levar em consideração o limite proveniente da pessoa humana e sua dignidade inerente, onde se insere o conteúdo da justiça - que se expressa, dentre outras formas, pela solidariedade - e que se impõe na solução material que pretende estabelecer: a liberdade de escolha de decisões só existe dentro dessas fronteiras que a própria consciência geral de valores superiores da humanidade, razão que nos permite sustentar que a solidariedade incorpora uma heterovinculação, porque imediatamente decorrente da dignidade humana.

Sabemos o quão controversa é essa ideia. Paulo Bonavides, por exemplo, em sua obra *Constituição Aberta*¹⁰⁹⁸, no capítulo 26, a propósito de analisar o artigo 45 da Constituição Federal brasileira e a inconstitucionalidade de normas constitucionais, especialmente em razão de uma ação direta de inconstitucionalidade manejada pelo Estado do Rio Grande do Sul junto ao Supremo Tribunal Federal¹⁰⁹⁹, refere-se aos

¹⁰⁹⁸ BONAVIDES, Paulo, in *Constituição Aberta*, pp.214-242.

¹⁰⁹⁹ Que o autor reputa um “*atentado sem precedentes contra a Nação, contra o sistema federativo, contra a verdade constitucional, contra a separação dos Poderes e contra os direitos fundamentais de terceira geração*”, que, na ótica do constitucionalista em tela, são direitos que já ingressam na Constituição como uma dimensão objetiva na consciência jurídica universal, “*estampando o emblema da solidariedade e selando o pacto de uma inédita convivência dos fortes com os fracos, mas maiorias com as minorias, dos ricos com os pobres, em ordem a concretizar a reconciliação do gênero humano e expungir para sempre das relações políticas e sociais o império da força sobre o Direito*” (op.cit., p. 214). A ação judicial, em si, arguia a inconstitucionalidade do artigo 45 da Constituição Federal, no tocante à disposição expressa de que nenhuma das unidades da Federação deveria ter menos de oito ou mais de setenta Deputados, medida judicial que Paulo Bonavides afirmou ser, tanto do ponto de vista formal como material, iniciativa esdrúxula, inaceitável e letal à ordem jurídica do País (p.215).

desenvolvimentos de Otto Bachof como “*uma doutrina já embalsamada*”¹¹⁰⁰, ultrapassada, sobre a qual já sem interesse jurídico ou acadêmico.

E fundamenta sua postura suscitando doutrinas constitucionais alemãs que, analisando a teoria de Otto Bachof, concluem que nem mesmo na Alemanha, onde ela nasceu, a tese das *normas constitucionais inconstitucionais* triunfou; que o Tribunal Constitucional Federal jamais apurou qualquer infração contra o “Direito Suprapositivo”, tampouco admitiu uma inconstitucionalidade de normas constitucionais, fazendo, ainda, referência à doutrina austríaca, no sentido de que infrações do Constituinte Originário ou Derivado contra princípios básicos da Constituição serem sequer imagináveis. Como argumento em favor de seu repúdio contra a tese bachofiana, invoca, como argumento de autoridade, o positivonamento de Joaquim Gomes Canotilho e de Jorge Miranda, que também repelem a doutrina em testilha.¹¹⁰¹

Mas a realidade brasileira, por exemplo, desafia a pecha de a teoria de Otto Bachof ser uma doutrina ultrapassada, embalsamada e arquivada, antes carecendo de uma ressignificação¹¹⁰². Se, para declarar nula uma norma da Constituição, é preciso que ela transgrida postulados fundamentais da justiça, o célebre caso do “Mensalão”¹¹⁰³, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, onde reconheceu que a consciência de parlamentares foi “comprada” por um esquema de corrupção sistematizado, fato que ensejou inúmeras condenações criminais por corrupção passiva, então, o caso em testilha, aliado ao caso do “Petrolão”, deflagrado com a Operação Lava-Jato, parecem ser prova inequívoca dessa necessidade de ressignificação da tese, pois, à evidência que, por meio de corrupção sistêmica, muitas normas constitucionais foram alteradas e introduzidas na Constituição Federal de 1988, embora, pasmem, nenhuma delas tenha sido declarada nula ou inconstitucional, mesmo que aviltantes da moralidade administrativa.

Sem embargo dessa constatação, é possível daí outra conclusão: se, para declarar nula uma norma da Constituição, é preciso que ela transgrida postulados fundamentais da justiça, isso só pode significar uma admissão inequívoca de que existe um postulado de justiça acima e anterior à Constituição. Logo, Otto Bachof não estava errado, como não julgamos que estejamos nós, ao sustentar que tais postulados se acham inscritos na

¹¹⁰⁰ BONAVIDES, Paulo, in *Constituição Aberta*, p.218.

¹¹⁰¹ BONAVIDES, Paulo, in *Constituição Aberta*, p.218.

¹¹⁰² Que compreendemos incorporada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, como adiante veremos.

¹¹⁰³ Paulo Bonavides escreveu a obra em 2004, quando essas vergonhas nacionais ainda não haviam vindo à tona.

Declaração Universal dos Direitos Humanos, que enfeixa uma consciência jurídica universal dos valores superiores em termos de humanidade, cuja contrariedade fulmina e nulifica a vontade constitucional interna, se com ela conflitante.

E, se o Direito, precedendo ao Estado, tendo, com primazia, no homem e em sua dignidade, o seu referencial e, portanto, contendo em si mesmo os elementos essenciais de liberdade, de segurança e de justiça (e a solidariedade como uma de suas formas de expressão, a realizar o *bem comum*¹¹⁰⁴, que se concretiza por meio de deveres), constituindo algo feito pelo homem e para o homem, possuindo para muito além de uma mera função sancionatória das condutas desconformes que opera por meio de normas¹¹⁰⁵, sua função de proteção social subjacente se projeta ao âmbito da Comunidade Internacional, onde são recorrentes as preocupações de resolução internacional de problemas econômicos, sociais e culturais que não são meras diretivas.

Não sem razão, a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, bem como diversos outros *Pactos e Convenções Internacionais*, consagram não apenas a dignidade da pessoa humana, na qual se inserem os direitos econômicos, sociais e culturais, como direitos fundamentais de todos os seres humanos e deveres fundamentais, o que nos permite falar de uma função social do Direito (ou, na visão de Otto Bachof, de uma projeção do “Direito Supralegal”) em termos internacionais e, por conseguinte, da existência inequívoca de um *princípio de solidariedade* delineado em nível da Comunidade Internacional.

Em efeito, não há negar a existência de normas que extrapolam os limites estatais, ou seja, normas cujas fontes estão situadas no âmbito da Comunidade Internacional que suscitam, inclusive, a existência de um *Direito Internacional Constitucional*, a demonstrar, por mais essa razão, que nem todo o Direito emana de uma manifestação de vontade do Estado.

¹¹⁰⁴ Aqui colocado com total superação da ideia de que a principal maneira com que o homem poderia contribuir para ele seria mediante a incondicional - sem resistência - obediência às leis políticas, entendidas como a supremacia do interesse público, na medida em que elas seriam prescrições que conduziam à realização do interesse coletivo. Neste aspecto, renovamos a arguta percepção de Paulo Otero (in *Instituições Políticas e Constitucionais*, p.33) que repudia qualquer concepção de *bem comum* lastreada na coletividade ou na comunidade, identificado como interesse público ou virtude cívica, subjacente à tradição aristotélica e estoica - que reputa recuperada pela escolástica e também por Maquiavel, sendo, ainda, objeto de acolhimento pelo neoliberalismo -, rejeitando qualquer compreensão de *bem comum* “que faça deslocar para um componente axiológico diferente do valor da pessoa humana”.

¹¹⁰⁵ Nem o poder sancionatório e repressivo das normas - que configuram a última *ratio* do Direito e que só entram em ação quando as demais não funcionarem -, é prerrogativa exclusiva do Estado, porquanto não só outras entidades públicas como também entidades privadas, estão legitimadas a estabelecer sanções que, destarte, se projeta para os níveis internacionais. Um exemplo dessa projeção são os embargos econômicos impostos pela ONU à Coreia do Norte.

Falamos aqui de uma vinculação involuntária do Estado (e, portanto, heterovinculante) a normas e princípios de Direito Internacional não por tratado ou convenção, ou seja; referimo-nos a uma normatividade na qual situamos o princípio da solidariedade - e por isso vinculante das entidades públicas e privadas -, a que o Estado se acha atrelado até mesmo contra a sua vontade ou relativa à qual sequer participou de sua criação, a exemplo do que ocorre com o designado Direito Internacional geral ou comum, em especial, como destaca uma vez mais Paulo Otero¹¹⁰⁶, aquelas dotadas de “*particular força imperativa das regras ius cogens*”, temática da qual nos ocuparemos no capítulo seguinte.

CAPÍTULO 6. Princípio da Solidariedade: uma norma *jus cogens*.

Segundo a doutrina especializada, a primeira referência aos princípios imperativos e normas *jus cogens* de Direito Internacional Público foi feita pelo espanhol Francisco de Vitória (1483-1546)¹¹⁰⁷. Em termos de positivação internacional, vale consignar que os artigos 53º e 63º da *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*, que data de 1969, referem que normas *jus cogens* vigoram na sociedade internacional, deixando muito claro que se trata de *normas imperativas do Direito Internacional geral*, consagradas como tais pela comunidade internacional dos Estados em conjunto, *em relação às quais nenhuma derrogação é possível*.

Aceita que é, de forma geral, a noção *jus cogens* se apresenta com extraordinária importância, pois ela é testemunha do que podemos chamar de “*comunitarização*” do Direito, e intenta denunciar a inconsistência da postura realista e da teoria dualista como fundamentadora do *Direito Internacional Público*, preconizando que *o Direito Internacional e o Direito interno são ordens jurídicas distintas*, independentes e estanques uma da outra.

Essa postura realista-dualista perfila o entendimento segundo o qual as normas internacionais são apenas *compromissos exteriores do Estado*, assumidos, à sua vez, por governos, conforme sua representação, mas tais compromissos *não podem influir de forma automática na ordem jurídica interna estatal*, salvo se todo o pactuado

¹¹⁰⁶ In *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. V. I, 2º Tomo, Lisboa: Pedro Ferreira Ed., 1999, p.30.

¹¹⁰⁷ Que, na obra *De Indis e De Jure Belli Relectiones*, pondo em discussão os direitos dos indígenas e a ilicitude do direito de conquista em pleno século XVI logo após a chamada “descoberta do Novo Mundo” (apud RUIZ, Rafael. *Francisco de Vitória e os Direitos dos Índios Americanos*. São Paulo: Editora Instituto Brasileiros de Filosofia e Ciência Raimundo Lúlio, 2004).

(autovinculação) se incorporar, conforme previsto na própria Constituição, conferindo primazia ao conceito de soberania estatal e à concretização do poder supremo do Estado, enxergando o Direito Internacional sempre de forma precária e subordinada a uma concessão voluntária do Estado na proteção dos interesses nacionais.

Mas a ideia aqui defendida é outra, pois, a partir da compressão do Direito em si como precedente a toda e qualquer comunidade política (seja o Estado, seja a Sociedade Internacional) e que, enquanto realidade humana, é feito pelo homem e para o homem, seu pressuposto lógico e ontológico, que constitui seu fundamento e seus fins, refuta a compreensão de que o *Direito Internacional* e o *Direito Interno* são duas ordens jurídicas estanques, pois encontram no homem e na dignidade da pessoa humana e, logicamente, nos direitos fundamentais e deveres fundamentais que dela decorrem, seu princípio unificador. Aliás, estamos convencidos de que esse mesmo princípio unificador está também na essência do “Direito Supralegal”, alimentado pela teoria de Otto Bachof, como no cerne da *grundnorm* pensada por Hans Kelsen.

Com isso reiteramos nossa compreensão de que os fundamentos e os fins do Direito quer para o *Direito Internacional*, quer para o *Direito Interno*, não se enclausuram nas ideias de soberania, de interesses nacionais ou supranacionais, mas, se sustentam numa Filosofia do Direito estruturada em normas e princípios gerais necessariamente vinculados à tutela da pessoa humana e de sua dignidade, logo, em contexto do qual a liberdade, a segurança e a justiça que lhes são indissociáveis e indisponíveis - a justificar uma postura monista -, constitutivos de uma ordem interna e externa em que o papel da Política não lhe derogue a primazia, uma vez que subordinado às exigências da liberdade em sentido amplo, da segurança, da justiça e solidariedade, da ética, da responsabilidade de todos pelo destino da humanidade inteira e a paz mundial.

Um reconhecido exemplo de norma *jus cogens* está justamente na *Declaração Universal dos Direitos Humanos* que, não obstante não seja propriamente um *Tratado*, possui uma *obrigatoriedade material*, porquanto votada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, dando especial ênfase a esse novo papel que, na conciliação entre essas duas ordens jurídicas, o Direito tem a realizar, justamente para cumprir as exigências da liberdade em sentido amplo, da segurança, da justiça e solidariedade, da ética, da responsabilidade de todos pelo destino da humanidade inteira e da paz mundial, como valorização de todos e de cada um, ou seja, de cada pessoa que, neste mundo compartilha da mesma condição humana.

Não por outra razão, a Carta das Nações Unidas, mediante a qual a Organização das Nações Unidas foi criada, direcionou a maior parte de seu conteúdo a tais fundamentos; seu intuito foi o de criar e manter um espaço jurídico-político internacional inteiramente renovado, afirmando “...a fé nos direitos fundamentais do homem, da dignidade e do valor de cada ser humano, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das grandes e pequenas nações, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do Direito Internacional possam ser mantidos...”, como declarado em seu preâmbulo, fazendo certo que a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, Resolução emanada da entidade pela Carta criada (a ONU), em substância, condensa os valores e os interesses essenciais do ser humano, do Direito, do Estado e da Comunidade Internacional envolvente de uma postura de princípios sobre a realidade material fundamental da humanidade, daí a sua qualificação como *jus cogens*, seu grau de obrigatoriedade, sua imperatividade e sua inderrogabilidade aptas a fornecer as bases inarredáveis, com prevalência para as mais diversas decisões essenciais internacionais, seja impondo limites ou mesmo direcionando a Comunidade Internacional para determinados objetivos.

Eis o verdadeiro papel do Direito e a função fundamental que, dentro dessa perspectiva, ele deve realizar, mormente quando os bens que estão em jogo, nesse cenário, vão muito além dos interesses nacionais, mas pertencem ao patrimônio da humanidade e à dignidade da pessoa.

Bem de ver que uma norma *jus cogens* não se traduz como uma norma qualquer; ela é uma norma imperativa de Direito Internacional comum porque é reconhecida e exigida pela Comunidade Internacional de Estados, conformadora, portanto, de um *sensu comum mundial* (que lhe confere indefectível legitimidade) em torno de uma ordem axiológica e de princípios mínimos a serviço da dignidade da pessoa humana que está à sua base.

Portanto, a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* é uma norma da qual nenhuma derrogabilidade é admitida e que sanciona com nulidade qualquer convenção ou tratado que com ela conflite¹¹⁰⁸, inclusive, a nosso modo compreendê-la, as normas constitucionais oriundas da vontade decisória do próprio Estado, cuja soberania não pode justificar que a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* seja preterida.

¹¹⁰⁸ SOARES, Guido Fernando Silva, in *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Atlas, 2002, pp.131 e s.

Portanto, a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* não é uma norma dispositiva, mas imperativa (por isso *jus cogens*), fazendo certa a existência de uma substancial diferença entre as obrigações de um Estado na relação pactual com outro e os deveres (*erga omnes*) de um Estado para com a Comunidade Internacional, ou Comunidade de Humanos (independente de suas fontes), um ambiente em que todos os Estados podem ser considerados como tendo interesses comuns inalienáveis, um *bem comum internacional*, norteados pela ideia mesma de Direito (seu fundamento e fins), se lhe impondo deveres que não se circunscrevem à noção de respeito aos direitos dos demais, mas, aqui, também, de deveres de agir e auxiliar a que todos os demais conservem a sua humanidade e sua dignidade, segundo exigências da liberdade em sentido amplo, da segurança, da justiça e solidariedade, da ética, da responsabilidade de todos pelo destino da humanidade inteira e a paz mundial.

Por isso, mostra-se possível dizer que *o princípio da solidariedade* é um *jus cogens* internacional, porque a pessoa humana e sua dignidade imanente, da qual decorre a própria solidariedade, está à base estruturante dessa norma cogente que é a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, que nem mesmo a soberania estatal pode derrogar, porque, em tais aspectos, os Estados, individualmente, nada podem constituir, apenas reconhecer, proteger e promover, pois são a ela heterovinculados.

Não há argumento de *supremacia* ou de *força normativa* da Constituição que possa suplantar isso. Em acolhendo lição de Luis Pedro Pereira Coutinho¹¹⁰⁹, ao sustentar que, “*na verdade, o fundamento de validade do Direito Constitucional - do Direito Constitucional enquanto Direito - releva, precisamente, de uma comunitariamente assumida parametrização normativa*”, parametrização essa que deve, no dizer do autor, refletir, necessária e autenticamente jurídica, uma moral comunitariamente assumida, como deve incorporar participantes morais que se representam na igualdade fundamentalidade de todos na humanidade comum.

Então, forçoso concluir que essa parametrização repousa, no que diz respeito à pessoa humana e sua inerente dignidade, nos valores axiologicamente superiores em torno de seu conteúdo, refletindo uma consciência comunitária jurídica universal expressos na *Declaração Universal dos Direitos do Homem*.

Para além dessas ficções em torno da *supremacia* ou de *força normativa* da Constituição já terem sido, nesta investigação, fulminadas com a análise do conceito de

¹¹⁰⁹ PEREIRA COUTINHO, Luis Pedro, in *A Autoridade Moral da Constituição*. Coimbra: Editora Coimbra, 2009, pp.720-721.

Direito, fundamentos e fins; com o estudo em torno da pluralidade de suas fontes (bem como de outras porventura não referidas, como o próprio Direito Comunitário, que se trata de uma autovinculação, mas exemplifica, sem dúvida, a contundente erosão do papel do Estado na produção do Direito, colocando em xeque o modelo clássico de Constituição e todo o Direito Interno de cada Estado-membro; o Direito Canônico, enquanto ainda em vigor e expressão de todo um ordenamento jurídico originário da Igreja Católica, a vincular não só os membros do Estado do Vaticano, mas, também, para além das fronteiras de seu território, a obrigar todos os que confessam a fé católica no mundo inteiro; o Direito Desportivo Internacional, como as normas da FIFA, da UEFA, do Comitê Olímpico Internacional etc.), porque, mesmo ela, a Constituição, exerce o mesmo papel conformador de uma ordem de base vital e elementar dos próprios fundamentos e fins do Direito, dentro de uma ordem que lhe é superior, a Comunidade Internacional.

Uma Constituição que não tenha por objeto a implementação e a concretização dos elementos estruturantes e valores superiores inscritos na *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, ou seja, que não tenha à sua base a pessoa humana e sua inviolável dignidade, em sua dimensão individual e social, ou que dela se desvie em seu percurso, pela vontade decisória dos agentes da vontade estatal (numa espécie de aviltamento de mandato, pois nenhum deles pode agir para si, porque vinculados necessariamente à realização do *bem comum*), que não alcance uma ponderação equilibrada de todos esses elementos, não passará de mero texto, porque Constituição efetivamente não será, nem traduzirá um Direito válido.

Sem a inderrogável estrutura axiológica de base, representativa daquilo que o mundo entende, expressa e exige como valores essenciais, inalienáveis e conformadores da dignidade da pessoa humana, de um homem que, a par de sua individualidade, tem, como constitutiva, uma dimensão social, sem a qual não poderá exercer em plenitude suas potencialidades humanas, *estaremos frente a mais uma variação de nuance de um mesmo fenômeno*: da idolatria da vontade do Monarca passamos à divinização da Lei como produto da razão soberana e expressão da vontade geral, com a supremacia do Parlamento; da Lei, passamos à divinização da Constituição como expressão de uma verdade infalível e inquebrantável, o que tanto se distancia da realidade que nos mostra, dia após dia, o uso do poder em benefício próprio, realizando interesse individual ou de grupos que, sobre os agentes da vontade estatal, exercem efetivo poder.

Auguste Comte¹¹¹⁰, outrora referido como um dos pensadores que fundaram o Positivismo, definiu como solidariedade um *consenso* entre os semelhantes que somente pode ser garantida por meio de um *sentimento de cooperação*. Sob esse ponto de vista, conforme o autor, o que existe em termos de solidariedade, relativamente às pessoas, é uma autovinculação dos membros de uma sociedade, seja no âmbito de vida social que for. Vênia desse entendimento, está errado o ilustre pensador. A solidareidade não depende de ajuste nem convenção, a menos que pensemos o homem como um DNA ambulante, portador de uma mera existência física.

Somos conscientes de que não faltará, certamente, quem sustente o contrário; ou seja, quem entenda que, sendo o homem livre, não será possível que ele seja obrigado a um dever de solidariedade se ele não participar dessa decisão ou com ela não assentir; que ninguém pode dever aquilo a que não livremente se obrigou; então, se não for diretamente produto de uma escolha constitucional ou legal, só pelo acolhimento consensual de uma autoridade normativa competente e legitimada, é que o dever de solidariedade pode se assumir como norma jurídica e estar apta a gerar efeitos válidos e vinculantes para o mundo jurídico.

Em decorrência, só terá na teoria tradicional caráter normativo jurídico quando, para o seu incumprimento estiver prevista uma sanção correspondente, tornando-se, assim, coercitiva e suscetível à coação, mediante uso de força em caso de inadimplemento.

Essa postura - de nítida inspiração Positivista -, manda reconhecer que o fundamento último de validade jurídica da norma da solidariedade reside na Constituição; que o Estado democrático de Direito elegeu esse valor, guindando-o à condição de princípio da ordem jurídica e de *Justiça Política*, consagrando-o expressa ou implicitamente em sua Lei Fundamental.

E, por conseguinte, tendo-o constituído como norma jurídica, se mostra possível, desde esse paradigma, predicar tarefas e deveres para o Estado (na persecução de seus fins absolutos de distribuição das riquezas e realização do bem comum) e os deveres fundamentais de cada indivíduo para com os seus semelhantes, em termos de responsabilidade comunitária, realização prática da solidariedade que, segundo esse perfil, têm sua base exclusivamente na vontade constitucional, segundo uma perspectiva de que o Estado - e só ele - tem o monopólio da criação do Direito e, no particular, do

¹¹¹⁰ Conforme André-Jean Arnaud (in *Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito*. Patrice Charles, F. X. Willaume, Trad. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.766).

dever fundamental de solidariedade. Ela não é, portanto, nessa visão, uma norma *jus cogens*, inderrogável e hetrovinculante. A qualquer momento, por vontade do Legislador Constituinte, ela pode, de rigor, ser suprimida da Constituição. De fato, se não pensarmos em uma suprapositividade, nada obsta que seja banida da Constituição.

Na esteira desse vetusto pensamento positivista jurídico, convém lembrar que a dogmática aponta como distintivo da norma jurídica a coercibilidade: a norma, enquanto mandado de conduta externa, só adquire caráter jurídico quando o próprio sistema jurídico prevê para o seu incumprimento uma sanção. Um sem-número de autores subscrevem essa ideia: “*Direito só é Direito se houver uma sanção que tenha sido prevista e que possa ser imposta ou pelo Estado ou pela Comunidade Internacional, senão não temos Direito, mas sim moral, religião, regras de etiqueta etc.*”¹¹¹¹

Ora, já vimos que tais posturas não encontram ressonância na realidade prática.

Inicialmente, sob o aspecto da *produção normativa* conforme já apontamos, existem inúmeras hipóteses que desfazem a rançosa ideia de que só o Estado tem o poder supremo de criar o Direito; tais hipóteses antes demonstradas suplantam, para o Estado, a tese da *La loi c'est moi*.

O Direito é, como a realidade faz inequívoco, anterior ao próprio Estado e remonta para muito antes dele; e, sem embargo, finda a Segunda Grande Guerra Mundial, a humanidade, é dizer, os Estados e a Comunidade Internacional, assistiram a exatamente o contrário, isto é, a um ressurgimento das concepções *jusnaturalistas*¹¹¹² sobre os fundamentos do Direito; nós mesmos, por ocasião de tratar da vinculação das entidades públicas e privadas ao princípio da solidariedade, deixamos claro nosso posicionamento no sentido de que a essência do Direito - o Direito em seu núcleo axiológico essencial -,

¹¹¹¹ A expressão é de Alexandre Coutinho Pagliarini (in *Teoria Geral Crítica do Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos*. In *Direito Constitucional Internacional dos Direitos Humanos*. PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p.27), mas ela sintetiza o pensamento jurídico-positivista que ainda domina a prática jurídica. O autor ainda complementa seu posicionamento ao exclamar: “*Não existe Direito Alternativo, nem Direito Natural!*”, por circunscrever o Direito a um objeto cultural prescriptor de condutas que saem da cabeça do homem. Para o autor, “*a palavra-chave para a norma jurídica, e, consequentemente, para o Direito é: imputabilidade*”, que decorre, segundo sustenta, do universo de implicações existentes entre a norma primária e a norma secundária (op.cit.,pp.31-32). Bem por isso, define o Direito como “*um objeto cultural prescriptor de condutas, que fala linguagem da obrigação, da proibição e da permissão, vindo sempre acompanhado de uma sanção, tudo posto pelo Estado ou pela Comunidade Internacional*” (op.cit., p.33).

¹¹¹² Sem desconhecer posicionamentos contrários que, a exemplo de Alexandre Coutinho Pagliarini (in *Teoria Geral Crítica do Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos*. In *Direito Constitucional Internacional dos Direitos Humanos*. PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p.31), rechaçam o *jusnaturalismo* e a ideia de direitos humanos inatos, porque se assentam numa verdade que não é demonstrável cientificamente.

embora seja uma realidade humana criada pelo homem e para o homem, e não uma ordem cosmológica, divina ou da natureza, é indisponível, quer ao próprio homem, quer às maiorias, quer à totalidade dos membros de uma sociedade e ao próprio Estado que, nesse contexto, dada a indissociabilidade da liberdade, da segurança e justiça da ideia mesma de Direito, de modo que o legislador, em quaisquer esferas, não é totalmente livre na sua definição, estando antes subordinado, no Direito que cria, às normas, notadamente *aos princípios fundamentais* que o transcendem e que, nessa linha de argumentação, assumem uma dimensão jurídica constituindo, bem por isso, verdadeiras heterovinculações decisórias a subordinar o homem, a sociedade, o Estado e a Comunidade Internacional e, via de consequência, todo o Direito Positivo, por constituírem *o fundamento último de validade de todas as suas normas jurídicas*, positivadas ou não.

São, a nosso modo de ver, aquilo que Miguel Reale¹¹¹³, conforme antes transcrevemos, nomeou como *valores universais* ou *invariantes axiológicas* que têm no homem e em sua dignidade suas raízes.

Constituem verdadeiros princípios ético-jurídicos que não se confundem com estipulações ou princípios religiosos que só fazem sentido apenas àqueles seguidores de uma determinada linha teológica, deste ou daquele grupo religioso, mas imperativos, invariavelmente a todas as pessoas, a todos os Estados e a toda a Comunidade Internacional. São, como falou Karl Larenz¹¹¹⁴, instrumentos para o desenvolvimento *extra legem* do Direito, que se revelam à *Consciência Jurídica Geral*.

Essa *Consciência Jurídica Geral*, ao nosso modo de ver, *não se constitui*; ela se forma e se revela; é descoberta, é identificada como corolário de princípios já reconhecidos, sendo ela exatamente o que alberga a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* que, não por acaso, goza do atributo “universal”.

É dessa *Consciência Jurídica Geral*, expressa na *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, que encontra no homem e sua dignidade imanente os *valores universais* ou *invariantes axiológicas* da qual predicamos o dever de solidariedade, que podemos firmá-la como uma norma *jus cogens*, porque enfeixa, em si mesmo, essa consciência em projeção mundial.

O princípio da solidariedade é, pelas características e conteúdo que vimos, uma dessas normas jurídicas que se afirmam como um *princípio fundamental*, por integrar a

¹¹¹³ In *Filosofia do Direito*, 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.119.

¹¹¹⁴ In *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José de Sousa e Brito e José António Veloso. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbeinkian, 1969, p.484.

ideia de Direito e encontrar no homem seu fundamento último, que, como uma forma de expressão da justiça, *assume uma dimensão jurídica independente de positivação*, seja no âmbito do Direito Interno, seja no âmbito do Direito Internacional, eis que dotado de uma *suprapositividade* fulcrada na *Consciência Jurídica Geral*, cuja existência e vinculação não depende do homem, da comunidade, da sociedade, do Estado nem da Comunidade Internacional, sendo imperativo e só comportando reconhecimento e não constituição, tudo a demonstrar que esse dever não necessita, impreterivelmente, constituição ou emanção do Estado ou da Comunidade Internacional para existir e ser definido como tal, a despeito dos argumentos em contrário.

Trata-se, nada menos, de uma postura que enxerga o dever de solidariedade segundo uma cosmovisão que coloca o homem como o centro do universo, da ordem social, da ordem jurídica, da ordem econômica, da política, contexto em que surge o próprio conceito de Direitos Humanos, que faz do princípio da solidariedade uma exigência inarredável de soluções que respeitem a dignidade humana, em especial, desde a perspectiva de que a humanidade faz parte da criação; que há harmonia entre cada um e toda a criação e um vínculo comum entre todos os seres humanos, iguais em natureza e em dignidade, sem apelo a nenhum *Jusnaturalimo Divino*, apenas reconhecendo a realidade humana de um ser individual, mas necessariamente social, que só na sua interrelação com os seus semelhantes atinge a plenitude do ser (já não na perspectiva de uma existência meramente física), impondo-se a todos o dever de apoio não quanto à definição, mas, quanto aos meios para o desenvolvimento da personalidade de todos e de cada um.

Com isso estamos sustentando que, de há muito, o Estado deixou de ocupar a centralidade no entendimento do próprio fenômeno jurídico, embora ele ainda detenha uma posição privilegiada no âmbito do Direito e de sua produção.

Apenas queremos destacar e demarcar nosso posicionamento de que no pós-guerra - quando se colocou em risco a própria existência da raça humana, pelo uso e pelos efeitos de tecnologias científicas, como bombas atômicas, hoje já superadas por outras muito mais letais -, operou-se uma profunda alteração nessa centralidade, substituída que foi, em definitivo e inderrogavelmente, em especial pela *Consciência Jurídica Geral* expressa pela *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, do homem e de sua dignidade imanente como fundamento e fins de tudo que existe, desde o Direito, o Estado, a Constituição, e a própria Comunidade Internacional,

Não discordamos que o Estado, sem embargo do surgimento, ao longo dos anos, de inúmeras outras fontes (infraestatais, não estatais e supraestatais), ainda detém uma posição de destaque e invulgar na produção do Direito como um todo, o que nos permite falar, nessa ambiência, que nessa seara, ele detém - e deve deter - a *primazia*, mormente pensando um Estado democrático de Direito estruturado sobre o primado da dignidade da pessoa humana e na tutela da solidariedade, como é a realidade brasileira, onde ambos os princípios se acham positivados na Constituição.

Primeiro, porque o Estado é “*dotado de uma soberania tendencialmente una e indivisível*”¹¹¹⁵ e sua autoridade ou poder, que se expressa por meio do Direito, não encontra, salvo raras exceções, limites quanto às matérias que podem ser objeto de disciplina jurídica, é dizer, salvo aqueles aspectos da conduta humana socialmente irrelevantes, seja pela sua dimensão essencialmente pessoal e privada, que só apresentam relevância e projeção no âmbito da privacidade do ser humano e que, fundamentalmente, se relacionam com a garantia da inviolabilidade da liberdade de consciência do indivíduo, tudo o mais pode, a rigor, constituir objeto de disciplina jurídica emanada do Estado.¹¹¹⁶

Em uma palavra, o Estado pode intervir, mediante regulamentação normativa, em quase todos os aspectos da vida humana. O mesmo já não ocorre, por exemplo, em relação às outras fontes (infraestatais, não estatais e supraestatais) produtoras de Direito, onde não existem setores que, por natureza, sejam reservados à sua intervenção normativa.

Essa primazia estatal na produção do Direito também se afirma no fato de que a autoridade do Estado, que se manifesta, como dito alhures, por meio do Direito, independe da vontade dos membros da sociedade que não podem, de rigor, se furtar à sua obediência. Essa autoridade não depende originalmente de nenhum poder constituído que lhe seja superior (o que não significa, em absoluto, que essa autoridade não esteja limitada por nada); o Estado desfruta, portanto, de prerrogativas - que

¹¹¹⁵ OTERO, Paulo, in *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. . I, 2º Tomo, Lisboa: Pedro Ferreira Ed., 1999, p.37. O autor faz a ressalva por ter em mente, muito possivelmente, os fenômenos da globalização e da integração, via Direito Comunitário, que colocam em xeque o dogma da soberania estatal em prol da ideia de uma supranacionalidade, em que a própria noção de soberania se torna fragmentada para dar lugar a uma Comunidade de Seres Humanos.

¹¹¹⁶ Esse entendimento, segundo Paulo Otero (in *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. V.I, 2º Tomo, Lisboa: Pedro Ferreira Ed., 1999, pp.37 e s.), vem expresso no artigo 2º, nº 7, da Carta das Nações Unidas, quando afirma que “*Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os Membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do Capítulo VII*”, vigendo aí um princípio de proibição e de não intervenção de qualquer outro sujeito de Direito Internacional.

ninguém lhe concedeu, mas que, naturalmente, decorrem de sua soberania -, em relação às quais o Direito, como ensina Paulo Otero, “*pode se transformar em instrumento*”.¹¹¹⁷

Sendo o único soberano na ordem interna, como o único legitimado a produzir leis envolvendo, salvo aquelas situações excepcionais dantes destacadas, todas as matérias, ele ainda detém o *monopólio da força*, pois ao Estado compete manter a paz e a segurança e, por essa razão, só ele pode lançar mão de meios abusivos e de coação real, inclusive força física, para garantir a obediência de suas próprias normas jurídicas.

Além disso compete, de regra¹¹¹⁸, ao Estado, o monopólio da administração da justiça, por meio de Tribunais criados por ele próprio para assegurar a aplicação do Direito estatal, bem assim a conformidade de todo o Direito não estatal ou semiestatal com o Direito que ele próprio cria.

Como destaca uma vez mais Paulo Otero¹¹¹⁹, o reconhecimento aos Tribunais - enquanto Órgãos que compartilham da soberania do Estado - do exercício exclusivo da função jurisdicional conferem ao próprio Estado uma posição de *supremacia do controle de validade* (e, conseqüente, de aplicabilidade) do Direito proveniente de todas as demais entidades públicas e privadas.

Em última instância, é ele mesmo, o próprio Estado, quem vai dizer da validade e da aplicabilidade de qualquer Direito, tenha ou não sido por ele criado, interna ou externamente, o que, na visão do autor em tela, põe em dúvida a legitimidade de os tribunais controlarem certas normas do Direito do Estado como ocorre, exemplificativamente, com *as normas constitucionais inconstitucionais* de que antes falamos, segundo os desenvolvimentos de Otto Bachof, ideia perfeitamente defensável a nosso juízo (mas refutada pela generalidade da doutrina e dos tribunais), a partir da perspectiva de que nem mesmo o Estado, ainda que por meio de normas constitucionais, é inteiramente livre na produção do Direito, porque vinculado à *Consciência Jurídica*

¹¹¹⁷ in *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. V. I, 2º Tomo, Lisboa: Pedro Ferreira Ed., 1999, p.38.

¹¹¹⁸ Empregamos aqui a expressão “de regra” porque, examinando, por exemplo, o caso do Brasil, podemos, a rigor, dizer que existem em seu sistema jurídico, resquícios de jurisdição fora do âmbito do Poder Judiciário; embora a Constituição consagre o princípio da inafastabilidade da jurisdição, conforme dispõe o artigo 5º, inciso XXXV, o artigo 18 da lei 9.307/96 equipara o árbitro ao juiz de direito, mencionando ser ele “*juiz de fato e de direito*”, de modo que a decisão por ele proferida equipara-se à sentença judicial, tendo natureza jurídica de sentença, por isso faz coisa julgada material e formal entre as partes. Além disso, o artigo 31 da Lei de Arbitragem equipara os efeitos de sentença arbitral àqueles da sentença judicial, colocando-a, inclusive, como título executivo judicial ao remetê-la ao lado dos demais títulos judiciais previstos no artigo 741 de seu Código de Processo Civil, já tendo o STF se manifestado pela sua constitucionalidade. Em 12 de dezembro de 2001, o Plenário do Supremo Tribunal Federal assim reconheceu ao julgar recurso em processo de homologação de sentença estrangeira (SE 5206), para onde se remete o leitor para maiores informações.

¹¹¹⁹ in *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. V. I, 2º Tomo, Lisboa: Pedro Ferreira Ed., 1999, pp.39-40.

Geral expressa na *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, que encontra no homem e na sua dignidade imanente os *valores universais* ou *invariantes axiológicas*, da qual predicamos o dever de solidariedade e seus limites de atuação.

Esse raciocínio demonstra que a simples existência de normas *jus cogens* - que devem garantir efetividade e dar concretização à dignidade humana, porque, ao reconhecê-la, também reflete uma consciência jurídica universal acerca dos valores superiores que a integram (liberdade, a segurança, a justiça, a paz e a democracia enfim), situando o ser humano, em sua dimensão individual e social, como o fundamento e o fim do Direito e do Poder, quer em nível interno, quer externo - não é, em última instância, uma garantia cabal do respeito e da promoção dessa imperatividade, porque será, ao fim e ao cabo, um Tribunal do próprio Estado em que a norma constitucional foi criada ou reformada que irá dizer de sua constitucionalidade ou não. Também nesse aspecto a teoria de Otto Bachof comportaria uma ressignificação para clamar solução mais consentânea de um Estado de Direitos Humanos, com a criação de Tribunais Constitucionais Internacionais independentes com competência para exame de eventual colidência com a *Declaração Universal de Direitos Humanos*.

Sem prejuízo da análise da postura sob o enfoque do controle, é possível afirmar, que só a partir da ideia de normas imperativas e inderrogáveis, pela vontade política sequer da maioria, arraigada na concepção de uma *Consciência Jurídica Universal* a partir do homem, seus elementos essenciais e do conteúdo da dignidade da pessoa humana, é que se pode afirmar que a própria democracia não seja apenas como uma quimera, uma fantasia ou um engodo; algo mais ou menos como imaginado por *Antoine de Saint Exupéry*, quando, em o “Pequeno Príncipe” exclamou: “*Cortaram nossos braços e nossas pernas, e nos deixaram livres para caminhar*”. Isso equipararia o Direito à memorável conclusão de Luis XIV ao ler “*O Príncipe*”, de Maquiavel, e vociferar, apenas com um reparo: “*Le Droit c’est moi*”.

Honestamente, a ideia de um “Direito Supralegal” fundado em uma *Consciência Jurídica Geral* expressa na *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, uma norma *jus cogens*, imperativa e heterovinculante em essência, sempre acompanhou o constitucionalismo. Não tem como matéria prima algo que substancialmente em muito difira da ideia kantiana de agregar ao homem uma dimensão ética, conferindo-lhe um valor intrínseco, preconizando-lhe uma dignidade inviolável (ainda que não identificada naquele momento histórico, em toda sua extensão, para abarcar, também, deveres fundamentais como sujeito ativo e também passivo, expressando uma mútua

independência que a condição social do ser humano lhe impõe; como algo que lhe fosse inerente e constitutivo); nem da *grundnorm kelseniana* (cuja pressuposição está fora do Direito); nem da *norma básica* de Alf Ross ou da *norma de reconhecimento* de Hebert Hart, embora tais autores assim não o tenham reconhecido - aduzindo, nessa mesma linha de raciocínio, que a própria Lei Fundamental incorporou “valores metafísicos no sistema constitucional e desse modo os reconhecendo como direito constitucional válido”.¹¹²⁰

Com razão, portanto, Otto Bachof, quando afirmou que, mesmo que a positivação tenha incorporado valores metafísicos à Lei Fundamental, isso não assegurava que ela esgotasse o conteúdo do *Direito supralegal* e, com maior razão, que isso também não demonstrava “que todas e cada uma das regras do direito constitucional formal estejam de harmonia com o direito supralegal positivado e muito menos com o que não foi, possivelmente, abrangido pela positivação”.¹¹²¹

E mesmo considerando que essa incorporação de valores metafísicos pela Constituição pudesse resolver o problema da tensão entre o Direito Positivo e o Direito Suprapositivo pelo tempo que vigessem determinadas normas constitucionais dotadas de uma autoridade de *imodificabilidade* (as chamadas *cláusulas pétreas*¹¹²²), o autor teve bem presente que inexistia, de fato, qualquer garantia *absoluta* de que esse atributo de imodificabilidade ou intangibilidade fosse mantido no futuro e que o Direito afirmado fundamental fosse efetivamente *imutável e salvaguardado*.

O temor do mestre alemão se justificava absolutamente, pois nada, de rigor, impediria a remoção, da Constituição, de cláusula de imodificabilidade ou intangibilidade de determinado direito fundamental. Rigorosamente, a própria regra que assim previsse, a seu juízo, poderia ser passível de supressão da Lei Fundamental.

¹¹²⁰ In *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, pp.41 e s.

¹¹²¹ In *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, p.41.

¹¹²² São os chamados limites materiais de revisão constitucional, uma espécie de “blindagem”, como referiu Paulo Otero (in *Democracia Totalitária*. 1ª Ed. Cascais: Principia, 2001, p.237) “da democracia contra o totalitarismo, procurando garantir a todo o custo a identidade da ideia de Direito expressa na Constituição através da respectiva ordem axiológica”, onde alguns textos constitucionais, como exemplificativamente, o alemão (artigo 73º, nº 3, da Lei Fundamental de Bonn, de 1949), o português (artigo nº 288º da CRP, de 1976) e o brasileiro (CEF/88, art. 60, §4º), “limitam a possibilidade de modificação futura da própria Constituição: o legislador de revisão constitucional encontra-se impedido de abolir ou eliminar a identidade da Constituição e, por essa via, de produzir o suicídio do sistema democrático nela instituído”, enfim, que intentem eliminar ou abrandar o núcleo material da Constituição.

Transportando essa preocupação para o constitucionalismo brasileiro, por exemplo, nada obstará que a própria norma constitucional que impede a remoção de certas matérias essencialmente constitucionais fosse ela mesma removida da Constituição.

Otto Bachof inclusive advertiu no sentido de “*não confundir a questão jurídico-material da validade (Geltung) da Constituição, à luz do direito supralegal, com a questão da competência judicial de controle que nessa medida exista*”.¹¹²³

Isso porque, a validade de uma Constituição compreende, a seu ver, como já se sustentou, também a sua legitimidade em ambos os aspectos, é dizer, “*a sua positividade, no sentido de sua existência como plano e expressão de um poder efetivo, e a obrigatoriedade, no sentido de vinculação jurídica dos destinatários das normas ao que é ordenado*”¹¹²⁴, está, sim, a cargo de quem a Constituição comina o monopólio do seu controle, aquele órgão que tem a última palavra em torno de sua validade e aplicabilidade que, na Alemanha, onde a tese foi desenvolvida, é o Tribunal Constitucional¹¹²⁵. Sua condição de guarda da Constituição - que, Otto Bachof observa, não pode ser confundida simplesmente com “*o texto constitucional escrito*”, porquanto “*todo o direito material incorporado na Constituição pela Lei Fundamental, ou por ela pressuposto, se deixa também subsumir, sem violência, no conceito de Lei Fundamental, entendida não no sentido filosófico, mas jurídico*”, inclusive o próprio Direito Constitucional Consuetudinário abarcando, no sentido amplo, em boa medida, mas não todo, o próprio “Direito Supralegal”¹¹²⁶ - confere-lhe exclusiva legitimidade na identificação da não obrigatoriedade material e da faculdade judicial de declarar essa não obrigatoriedade.¹¹²⁷

A obrigatoriedade de que fala o autor somente existiria se e na medida em que o legislador constituinte levasse em conta os princípios constitutivos de toda e qualquer ordem jurídica e, sobretudo, se deixasse guiar pela aspiração de justiça, evitando

¹¹²³ In *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, p.42.

¹¹²⁴ In *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, p.42.

¹¹²⁵ Conforme o autor, “*se, pelo contrário, tal controle não pertencer, por princípio, à competência judicial de controle, então também os tribunais constitucionais não poderão reivindicá-lo*” (In *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, p.75).

¹¹²⁶ In *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, pp. 72-73.

¹¹²⁷ Daí a fundada preocupação de Paulo Otero, consoante acima assinalado, pois, na hipótese, a obrigatoriedade ou não de uma norma constitucional, mesmo que originária, em exame sob o aspecto do Direito supralegal, estaria a cargo, em última instância, do próprio Estado, por meio de um Órgão que compartilha de sua soberania.

regulamentações arbitrárias. Mais: tal obrigatoriedade só existiria se o legislador atendesse aos mandados cardeais axiológicos antes referidos, possivelmente cambiantes segundo o tempo e o lugar, mas sempre com amparo na consciência geral de um povo e da dignidade da pessoa humana, enfeixada no “Direito Supralegal”.

No dizer do autor, em defesa do “Direito supralegal” a condicionar todas as normas jurídicas, fossem ou não normas constitucionais, fossem originárias ou derivadas, *“embora o direito seja apenas, nas conhecidas palavras de Georg Jellinek, um ‘mínimo ético’, a verdade é que não deixa nunca de ser justamente um mínimo ético, pois de outro modo não será direito”*.¹¹²⁸

O “Direito supralegal” não se confunde, na tese de Bachof, com o Direito Natural (sujeito à lei de causa e efeito, consoante alhures afirmamos). Para além do mínimo ético, quando muito, ele pode ter significado como *princípio regulativo para o legislador, ou interpretativo, em casos duvidosos não regulados por aquele de modo inequívoco*. O certo é que, para o autor, *“nenhum defensor do direito supralegal pretenderá afirmar que todos os postulados que a razão, a natureza, a religião ou a lei moral ditam à ordem jurídica seja direito vigente, só porque são postulados com essa natureza”*¹¹²⁹, tranquilizando, assim, o efeito bombástico de sua teoria no Parlamento alemão, pois, assumindo essa postura, Otto Bachot retirou o Direito Natural de seu plano de fundo ou fundamento.

É que, em sua proposta, o “Direito Supralegal”, assim delimitado, seria uma *ordem objetiva*, sendo preciso separar inteiramente o recurso a essa ordem do recurso à consciência individual de cada um como fundamento de validade ou fonte das decisões judiciais, pois nela o legislador, em especial o constitucional, ainda é livre e goza de um largo espaço para construir, de modo autônomo, um sistema de valores próprios. Mas não é inteiramente livre. Podemos até dizer que se trata, na teoria de Otto Bachof, de uma liberdade limitada ou, se quiser, delimitada, porque, como antes dissemos, a restrição da legitimidade de uma Constituição à sua positividade redundaria, ao fim e ao cabo, a identificação de Poder com o Direito como se fossem a mesma coisa, o que corresponderia, no pensamento de Otto Bachof, se *“transporta para o terreno teleológico, a uma argumentação que extraísse do poder do Diabo a obrigatoriedade*

¹¹²⁸ In *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, p.43.

¹¹²⁹ In *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, p.43.

da lei religiosa das leis infernais”¹¹³⁰, o que, para o autor, não só trazia à lembrança um passado, a seu tempo, próximo, e que ele pretendeu esconjurar, propondo um modelo sobretudo a servir de *advertência permanente*, como acima se afirmou, para que o *Direito* não se convertesse efetivamente em mero sinônimo de *Poder*, pelo arbítrio e a prepotência de quem o dita.

Por existir autonomamente em sua doutrina, Otto Bachof sustentou a incorporação do “Direito Supralegal” na Constituição e afirmou que ela, quanto a esse Direito, não teria significado constitutivo, mas sim, *declaratório*. É dizer, a Constituição, no conteúdo que diz respeito a esse Direito pré-estatal, não criaria Direito algum, apenas reconheceria o “Direito Supralegal” que já existe. Em uma palavra: se existe um “Direito Supralegal”, pré-estatal, então ele vale, inclusive e independente do seu reconhecimento e de sua positivação. É por isso que o autor alemão defendeu que a autonomia do legislador, designadamente do Legislador Constituinte, constituía uma autonomia limitada, porquanto ela “*só subsiste no quadro das vinculações supralegais*”¹¹³¹. Daí que, em sentido material de Constituição vigente, elas seriam “*apenas, por conseguinte, os elementos componentes da tentativa jurídico-positivista de realização do ordenamento jurídico integrador que não ultrapassem esses limites pré-existent*”.¹¹³²

Em que esse “Direito Supralegal” defendido por Otto Bachof se diferencia daquilo que identificamos anteriormente como a essência do Direito - que não pode ser subtraída sob pena de subvertê-lo -, e que está, igualmente, na essência da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, estruturando uma síntese axiológica na consciência jurídica geral e universal da humanidade e em matéria de Direitos Fundamentais? A resposta é: em nada, ao nosso modo de ver. “*Macarrão ou macarronada? Macaxeira ou mandioca?*”, para usar expressões empregadas por Alexandre Coutinho Pagliarini¹¹³³, tanto faz, porque são unívocos.

¹¹³⁰ In *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, p.45.

¹¹³¹ In *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, p.46.

¹¹³² In *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, p.47.

¹¹³³ In *Teoria Geral Crítica do Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos. Direito Constitucional Internacional dos Direitos Humanos*. PAGIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p.43) do significado das palavras, à luz da semiótica (ou se quiser, sob a ótica dos sinais), compreendida como a ciência geral dos signos e da semiose que estuda todos os fenômenos culturais como se fossem sistemas sígnicos, isto é, sistemas de significação.

O que a teoria de Otto Bachof coloca em causa é que todo o “Direito Supralegal” deve ser considerado parte integrante da Constituição (também aqui aparece uma proposta de que o Direito Internacional geral ou comum e o Direito Constitucional não são duas ordens normativas estanques, a partir de uma concepção de uma *supremacia* lastreada numa ordem superior e imperativa, por constituir a síntese axiológica na consciência jurídica geral e universal da humanidade e em matéria de Direitos Fundamentais indissociável dos valores da liberdade, de segurança e de justiça, e de efetividade dos direitos fundamentais), razão pela qual a sua violação deve ser sancionada com a declaração de inconstitucionalidade; ainda que, porventura, se não abrangido pela positivação, *“deve incluir-se no direito constitucional, como parte integrante não escrita da ordem fundamental do Estado, em virtude do carácter incondicional da vinculação jurídica dele decorrente, é problema que não tem significado para a questão da validade (Geltung), que primeiro cabe aqui resolver”*¹¹³⁴, uma vez que o “Direito Supralegal” pertence à Constituição e a ela se impõe.

Há um carácter incondicional da vinculação jurídica decorrente do “Direito Supralegal”, ainda que não escrito na Constituição, o que leva o autor germânico a sustentar que *“também uma norma originariamente contida no documento constitucional (e emitida eficazmente, sob o ponto de vista formal), uma norma criada, portanto, não por força da limitada faculdade de revisão do poder constituído, mas da ampla competência do poder constituinte, pode ser materialmente inconstitucional”*.¹¹³⁵

Pode, nesse raciocínio, haver violação da Constituição escrita (inconstitucionalidade de normas constitucionais ilegais); inconstitucionalidade de leis de alteração da Constituição; inconstitucionalidade de normas constitucionais em virtude de contradição com normas constitucionais hierárquica ou materialmente superiores; inconstitucionalidade resultante de mudanças de natureza das normas constitucionais (cessação da vigência sem disposição expressa); inconstitucionalidade por infração de “Direito Supralegal” positivado na lei constitucional, assim como reconhece a possibilidade de violação de direito materialmente constitucional não escrito, seja por infração dos princípios constitutivos não escritos do sentido de Constituição, seja por infração de Direito Constitucional Consuetudinário, seja por infração de “Direito Supralegal” não positivado, ou, ainda, por outras possíveis

¹¹³⁴ In *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, p.48.

¹¹³⁵ In *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, p.54.

possibilidades, dentre as quais, por exemplo, como explicou o próprio Otto Bachof¹¹³⁶, “o grau e a eficácia daquelas normas que, embora situadas fora da Constituição formal, todavia são materialmente parte integrante da ordem constitucional, em virtude de sua função integradora...e sua relação com as normas constitucionais formais” ou apenas formais.

O que, em suma, Otto Bachof propôs é um controle de constitucionalidade, segundo o *conteúdo* inarredável de um Direito pré-estatal, acreditando, como nós, que ele se impõe ao Poder Constituinte Originário e Derivado, o que fica bem claro em suas palavras quando diz: “*não posso imaginar que a judicatura, que recebe a sua dignidade e autoridade unicamente da ideia de justiça, possa renunciar em princípio a um controlo cujo padrão seja a mesma ideia, sem com isso perder ao mesmo tempo essa sua dignidade e autoridade. Uma jurisdição que se queira livre de sua responsabilidade pelo conteúdo jurídico da lei degrada-se necessariamente, pelo menos de maneira potencial, num auxiliar do mero poder*”¹¹³⁷.

Enfim, cuida-se de um modo distinto (e uma perspectiva de aplicabilidade concreta) de dizer, em síntese, a mesma coisa que estamos sustentando ao longo deste estudo: a ideia de que a essência do Direito - enquanto realidade humana, feita pelo homem e para o homem, tendo nele e em sua dignidade inalienável seus fundamentos e fins - é, no que tange aos Direitos Humanos, anterior e indisponível ao próprio Estado e mesmo à Comunidade de Estados. Que esse Direito essencial e pré-estatal deve ser reconhecido a partir da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* que, na linha do pensamento bachofiano, configura uma espécie de súmula representativa dos valores axiológicos superiores fundantes de uma consciência jurídica geral e universal do que seja o conteúdo mínimo dessa dignidade, razão pela qual a podemos sustentar como uma norma *jus cogens*, imperativa e inderrogável por qualquer norma do Estado, impositiva de um verdadeiro *Estado de Direitos Humanos* (pois são eles que justificam o Estado, e não o contrário).

A ideia, aliás, sequer é nova, como observou Luís Pedro Pereira Coitinho¹¹³⁸, ao trazer ao debate, na Contemporaneidade, na discussão da dignidade humana como um

¹¹³⁶ In *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, p.69.

¹¹³⁷ In *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, p.77.

¹¹³⁸ PEREIRA COUTINHO, Luis Pedro. *Human Dignity as a Brackgroud Idea*. In VERLAG, Franz Steiner; BRUGGER, Winfried. *Human Dignity as a Foundation of Law*. Stuttgart: Nomos, 2013, pp.105-106.

plano de fundo, invocando o exemplo da *Paideia*, da Grécia Antiga, como um padrão ético segundo o qual a Politeia (as diversas cidades-Estado gregas) estavam estruturadas, apto a gerar uma consciência-geral que, quando assimilada pela educação, fazia da pessoa um bom cidadão. O autor português compreende, assim, especialmente no que respeita a dignidade humana, que normas são prescrições, proibições e obrigações; já na estrutura moral, ele verifica um parâmetro substantivo para as mesmas permissões, proibições e obrigações, assim como a *Paideia* funcionava como uma estrutura moral para legitimar (e deslegitimar) a atividade normativa, inclusive e especialmente a Constituição.

Essa perspectiva reforça a ideia de o *princípio da solidariedade* ser, igualmente, uma norma *jus cogens*, porquanto a própria solidariedade, hoje assumida como um valor constitucional, internacional e comunitário, decorre imediatamente da condição humana pela dimensão social do ser humano, sendo dele algo permanente e constitutivo, à medida que se assume, também, como “*estatuto de valor inerente à dignidade humana: sem solidariedade, a vida é menos digna e sem dignidade a solidariedade torna-se desumana*”¹¹³⁹. Posto nestes termos, o Estado de Direitos Humanos não deixa de ser, também, um Estado de Solidariedade.

Aqui, uma vez mais, se coloca o problema da efetividade dessa vinculação heterônoma, pois não basta reconhecer o caráter imperativo e inderrogável de uma norma *jus cogens*, com todos os seus fundamentos e atributos - e nesse contexto, o princípio da solidariedade -, e sustentar que elas vinculam um Estado, se, ao final, o próprio Estado será aquele que vai dizer da validade e da aplicabilidade de qualquer Direito, tenha ou não sido por ele criado, interna ou externamente, pois sempre restará em dúvida a legitimidade de os tribunais controlarem certas normas do Direito do Estado, como ocorre, exemplificativamente, com *as normas constitucionais inconstitucionais* suscitadas por Otto Bachof, a partir da perspectiva de que nem mesmo o Estado, ainda que por meio de normas constitucionais, o Legislador Constituinte é inteiramente livre na produção do Direito.

Para Otto Bachof, essa limitação ocorre porque o Estado está vinculado à *Consciência Jurídica Geral*, segundo as normas do “Direito Supralegal” (porque representativo da consciência geral de um povo); para nós, porque o Estado se acha vinculado a uma consciência jurídica universal em torno dos valores axiológicos

¹¹³⁹ OTERO, Paulo. *Direito da Vida*, p.40.

superiores em matéria de direitos fundamentais enfeixados na *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, que encontra no homem e na sua dignidade imanente os *valores universais* ou *invariantes axiológicas*, da qual predicamos o dever de solidariedade, seus limites de atuação, como acima sublinhamos.

A questão é que não se mostra suficiente o atributo de *jus cogens* de uma norma, a exemplo da *Declaração Universal de Direitos Humanos*, dizendo que a matéria já não integra mais exclusivamente o domínio da Constituição de um Estado, tampouco o simples reconhecimento de que ela vincula, heterônoma e inderrogavelmente, o Estado, independente de sua vontade ou consentimento, se ele próprio puder excluir sua força jurídica como norma obrigatória; não basta sustentar que os direitos fundamentais e, em seu contexto, também o princípio da solidariedade, *assumem dimensão jurídica independente de positivação*, expressando, por isso, uma *heterovinculação*, autônoma e livre de consenso, caracterizando-se como uma norma *obrigatória, imperativa, inescusável e inderrogável*, seja pela vontade do próprio Estado, seja na via legislativa, administrativa ou judicial.

Se não for assim, a vontade do *Poder* estatal poderá sempre prevalecer em detrimento da dignidade humana - o que diuturnamente ocorre em Estados de Direito, como no Brasil, onde, destarte, isso é recorrente, especialmente em sede de interpretações da Constituição. Quem diz, no Brasil, o que é a Constituição - e tem a prerrogativa de errar por último (o que se diz por que, aqui, também temos o controle difuso e incidental de constitucionalidade) - é o Supremo Tribunal Federal, absolutamente contaminado pela Política (e por ideologias político-partidárias), muito em decorrência da forma de investidura da jurisdição constitucional da Suprema Corte em tela (por indicação do Presidente da República e aprovação política, após prévia sabatina do Parlamento).

Evidentemente que, se em dado sistema constitucional, a aplicação das normas internacionais em matéria de direitos humanos recaírem sobre as instâncias judiciais ou outras do mesmo Estado, sua efetividade ainda se inserirá no âmbito da vontade e dos critérios de oportunidade e de conveniência do próprio Estado e do próprio *Poder*, o que nos forçaria a reconhecer a tese da heterovinculação como uma proposição vazia; embora teoricamente perfeita, mas de pouca efetividade, pois, em última instância, serão os Tribunais do próprio Estado, os detentores da vontade estatal, aqueles que irão dizer da vinculação efetiva de uma norma internacional definidora de direitos humanos,

problema que alicerça dimensão ainda maior em Estados de Direito que admitem o controle difuso de constitucionalidade.

Se reconhecermos que a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* configura a síntese de uma consciência jurídica universal em torno dos valores superiores em matéria de direitos humanos, constituindo, por isso, uma norma *jus cogens*, imperativa, indisponível e inderrogável, cuja natureza, fundamentos e fins se projetam para o princípio da solidariedade imediatamente decorrente da dimensão social do homem, seus elementos essenciais e conteúdo de sua própria dignidade, então teremos dois caminhos necessários a percorrer.

O primeiro será assumir a vinculação heterônoma da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* como internacionalização da tutela dos direitos humanos (porque o valor da pessoa humana e sua dignidade constituem o primeiro fundamento e razão de ser de todo o Direito, do Estado e da Constituição), *com absoluta primazia sobre o Direito interno*, independente de qualquer fenômeno de recepção.

É dizer, se o Direito interno for menos abrangente que a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* ou com ela conflitante, bem assim naqueles aspectos em que aquele for omissivo, ela, a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, deve prevalecer, uma vez que, nessa matéria, ela não deixa margem de conformadora habilitante para a vontade do Legislador, impondo-se inclusive à Constituição Política, configurando uma espécie de expropriação da liberdade do Direito interno nesse sentido, inclusive no que respeita ao controle judicial e suas interpretações.

O segundo, como resultado desse fenômeno de heterovinculação para efetiva garantia de tutela dos direitos humanos, será “o reconhecimento pelo Estado da competência de instâncias judiciais internacionais para julgarem a sua efetiva vinculação aos instrumentos normativos da tutela dos direitos humanos”¹¹⁴⁰, porque só assim a efetividade e a garantia dos Direitos Fundamentais deixarão de estar aprisionados nos instrumentos ou mecanismos garantísticos do Direito interno (constitucional e infraconstitucional), que pode ser *à la carte*, só aparentemente a serviço da humanidade, a depender da vontade do agente estatal e de intérpretes desses valores superiores essenciais que integram uma consciência jurídica universal em torno dos direitos humanos (e das normas *jus cogens* que dela derivam, a exemplo do princípio da solidariedade) abarcados pela *Declaração Universal dos Direitos Humanos* como algo segundo a vontade do intérprete.

¹¹⁴⁰ Compartilhando postura textual de Paulo Otero, in *Instituições Políticas e Constitucionais*, p.589.

Infelizmente, mentalidade jurídica, inclusive no Brasil, não se forjou sobre a ideia de um “Direito Supralegal”, pré-estatal, anterior ao Estado, possuindo uma dimensão nuclear axiológica irreduzível - que Otto Bachof chamou de mínimo ético -, indisponível ao criador da norma e, por isso, heterovinculante. Ninguém advertiu-nos, como o fez Ferdinand Lassalle¹¹⁴¹ quando, investigando a essência da Constituição, reputou-a como um produto de uma *força ativa*¹¹⁴² dos poderes reais que a ela subjazem, porque “a ideia de fundamento traz, implicitamente, a noção de uma necessidade ativa, de uma força eficaz e determinante sobre tudo o que nela se baseia, fazendo-a assim, e não de outro modo”, mas que, nos termos em que tradicionalmente compreendida (como um documento), é como uma folha de papel que o tempo leva e, nessa perspectiva, essencialmente, não é nada. Nem que essas forças reais ativas que à Constituição subjazem possam não estar fundadas, em realidade, numa verdadeira pretensão de constituir um Estado de Direitos Humanos e, portanto, necessariamente, um Estado de Solidariedade, onde nenhum ato da vontade do poder estatal ou de quem quer que exerça algum poder privado, em todas as esferas da vida social, pode subverter a síntese axiológica da consciência jurídica universal dos direitos humanos inscrita pela *Declaração Universal de Direitos Humanos*.

Nos bancos acadêmicos, todos os dias - e ainda nos dias atuais -, se têm ensinado as características de uma Constituição, afirmando-se, recorrentemente, que ela é a base de todo o ordenamento jurídico, em especial nos países que, a exemplo do Brasil e Portugal, adotam um sistema piramidal das normas jurídicas, segundo doutrina difundida por Hans Kelsen no século passado, baluarte do *Positivismo Jurídico científico-normativista* de que antes tratamos, sem embargo de, hodiernamente, consagrar-se como um sistema de regras, princípios e valores abertos.

¹¹⁴¹ In *A Essência da Constituição*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p.25.

¹¹⁴² Essa *Força Ativa*, que são os fatores reais do poder, é o que constitui, segundo Ferdinand Lassalle, a essência da Constituição e não o papel que condensa leis. Ela subsiste para além de um mero papel, porque o seu substrato está no poder que a engendra. Para demonstrar essa realidade, Lassalle lança mão de um exemplo improvável, mas não impossível, de um grande incêndio se irromper e queimar absolutamente todos os acervos legais, tanto das entidades governamentais como de todas as bibliotecas, de modo que não restasse mais nenhum resquício da Constituição e das Leis em geral de um Estado, e que, por força dessas circunstâncias, não sobrasse mais nenhuma lei escrita a orientar o comportamento humano e social, quando indaga se, nessa hipótese, estaria o legislador completamente livre para elaborar, segundo os seus caprichos e de acordo com o seu próprio modo de pensar, uma nova Constituição ou uma nova legislação (in *A Essência da Constituição*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, pp.26-27). Para o jurista, a soma dos fatores reais do poder que regem um país constitui a essência da Constituição. “Juntam-se esses fatores reais do poder, os escrevemos no papel e eles adquirem expressão escrita. A partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas, sim, o verdadeiro direito-instituições jurídicas” (op.cit., p.32).

Entretanto, a proposta da tradição constitucional e do ensino do Direito Constitucional e do próprio fenômeno constitucional, centrou-se e ainda se centra demasiado no Poder. A metodologia determina que a Constituição principia o ordenamento jurídico e, em si, unifica o sistema, ostentando a supremacia que permite falar em hegemonia da norma constitucional, razão pela qual todas as demais normas integrantes do ordenamento jurídico dela derivam e devem guardar consonância com as normas emanadas da Constituição, a Lei Fundamental, segundo um sistema escalonado de normas jurídicas, cujo vértice é por ela representado, embora ela mesma contenha normas de abertura a novos direitos.

Essa maior pujança justifica-se na tradição constitucional, porque a Constituição de um país *tendencialmente*¹¹⁴³ representa a conjunção de ideias e vontades de toda a nação, ou, dito de outro modo, de seu povo, o verdadeiro titular do poder constituinte, expressão maior da democracia, pois exercido com legitimação popular.

Nesse contexto, ela é difundida como uma emanação da vontade popular, consubstanciando normas, princípios e valores fundamentais que irão reger a vida política, econômica, social e individual das pessoas, além de dar os contornos do próprio Estado e de sua legitimação; nessa linha de entendimento, nada há de errado ou falacioso, pois, sem a Constituição, a própria ideia de Estado de Direito seria infrutífera. Como destacadamente observou Joaquim José Gomes Canotilho¹¹⁴⁴: “*o estado de direito é um estado constitucional*”, pois aquele “*pressupõe a existência de uma constituição normativa estruturante de uma ordem jurídico-normativa fundamental vinculativa de todos os poderes públicos*”.

A Constituição, no dizer do mesmo jurista português, dá à ordem estatal e aos atos emanados dos poderes públicos medida e forma, sendo por essa razão que a lei constitucional não pode ser compreendida simplesmente como uma lei incluída no sistema, mas como uma “*verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de supremacia*”¹¹⁴⁵, sendo nessa supremacia que reside, a seu ver, o primado do Direito; onde, segundo o autor, o Estado de Direito “*encontra uma primeira e decisiva*

¹¹⁴³ Utilizamos a expressão “*tendencialmente*”, porque temos sérias dúvidas se, na prática democrática hodierna ainda podemos falar que, nos moldes vividos, segundo um Estado de Partidos Políticos, que eles autenticamente representam a vontade do povo; entendemos, ao revés, ser tão urgente quanto necessário, revisitar o conceito e o modelo de democracia (democracia representativa) praticada nos Estados de Direito, para cercá-la de garantias e de efetividade dessa representatividade dos anseios populares, o que apenas registramos nesta investigação, incitando a estudos complementares ou mesmo como um desafio a outros inspirados e instigados por esse tema, que distancia de nosso foco nessa pesquisa, é tomado apenas como uma menção.

¹¹⁴⁴ In *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.245.

¹¹⁴⁵ In *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.246.

expressão”¹¹⁴⁶. Da supremacia da Constituição, segundo o seu magistério, decorrem quatro elementos importantes e constitutivos do Estado de Direito: a vinculação do legislador à Constituição, a vinculação de todos os atos do Estado à Constituição, o princípio da reserva de Constituição e a força normativa da Constituição.

Não podemos concordar com esse raciocínio, com todo respeito que nos merece o constitucionalista português: a Constituição não contém o primado do Direito. Antes, o Direito a antecede e sua essência a ela se impõe. A essência do Direito não provém da Constituição, mas repousa na pessoa humana e sua dignidade imanente (de onde decorre imediatamente o dever de solidariedade). A efetiva tutela e garantia de concretização dos direitos humanos pode estar, circunstancialmente, em não obedecer a um comando constitucional, quando, pelas razões já expostas, alguns atos do Estado e da Constituição violarem as disposições de uma norma *jus cogens* da qual seja heterovinculante e, por fim, a força normativa da Constituição não é o que lhe confere a proclamada supremacia, a uma porque a supremacia de toda ordem humana repousa no homem e em sua dignidade; depois, que a história já se encarregou de provar que a tal força normativa nunca impediu a barbárie e tampouco obsteu rupturas constitucionais como ocorre nos casos de revoluções. Além disso, o autor se esqueceu da vinculação da pessoa e de toda a sociedade a essa consciência jurídica universal em torno dos valores supremos dos direitos humanos que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão representa, o que determina uma mitigação do argumento da reserva de Constituição.

Otto Bachof, portanto, foi plenamente consciente do valor da Constituição e, a princípio de sua supremacia, percebeu que a Alemanha-nazi *tinha uma Constituição*, nos exatos moldes afirmados por José Joaquim Gomes Canotilho e tantos outros constitucionalistas de renome, cujos limites dessa investigação não nos permite, um a um, nominar; mas isso, entretanto, em nada impediu que o Poder, sob a chancela da mesma Constituição, infundisse a opressão, o terror, o arbítrio, nem evitou ou mitigou as atrocidades praticadas na vigência do Regime Totalitário, como também ocorreu e ocorre ainda hoje em outros Estados.

Em bom tempo, o jurista alemão se deu conta de que o Direito, inclusive a Constituição e sua interpretação, é feita por homens e, como tal, suscetível a nele inserir, sob a pretensão de estar a serviço do homem e da realização do “*bem comum*”, interesses particulares seus e de grupos que se servem do poder para fazer inserir nas leis aquilo que concretiza interesses particulares. Sua luta e, em certo sentido também a

¹¹⁴⁶ In *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.246.

nossa, é que a garantia da Constituição e normatização que dela deflui no que tange à efetividade e concretização da condição humana e sua dignidade imanente, da qual decorre a solidariedade, não passem de garantias de tinta e de uma dignidade de papel¹¹⁴⁷, que não ultrapasse o plano de um texto.

A força normativa da Constituição, como aguerridamente defendida por Konrad Hesse¹¹⁴⁸, em oposição ferrenha a Ferdinand Lassalle¹¹⁴⁹ - que, questionando sobre a verdadeira essência da Constituição, sustentou que ela repousa na soma das forças reais de poder que a ela subjazem e que as questões constitucionais não são questões jurídicas, mas, sim, questões políticas -, segundo a qual a Lei Fundamental não teria

¹¹⁴⁷ A mesma crítica não passou despercebida por Paulo Otero (in *Democracia Totalitária*. 1ª ed. Cascais: Principia, 2001, pp.237-243), ao tratar da questão dos limites materiais de revisão constitucional, por meio das chamadas *cláusulas pétreas* que, por expressarem a ideia de Direito no momento de fundação de uma Constituição representando, ao seu tempo, o cerne da identidade axiológica daquele texto constitucional, daquela vontade de constituição, são, pela via da positividade petrificadas, congeladas, a vincular todas as gerações futuras. Em que pese essa técnica de positividade, segundo o autor, ser utilizada, em princípio, para proteger a Constituição democrática contra subversões de natureza totalitária, além de constituir potencial fonte de inspiração totalitária para a própria subversão, mostra-se de uma plasticidade total como instrumento garantístico da identidade de qualquer texto constitucional e para a garantia da democracia. Primeiro, que não há norma positiva a proteger essas mesmas cláusulas pétreas contra uma revisão constitucional que intente abolí-la ou modificá-la; segundo, elas mesmas consagram, nos moldes sustentados por Otto Bachof, uma *hierarquia intraconstitucional* de normas; mas, paradoxalmente, a própria norma de blindagem da Constituição não está colocada em uma posição superior, nem se garante a si mesma, na medida em que, num raciocínio estritamente positivista, nenhuma norma constitucional proíbe, de rigor, que aquela norma que ordena os limites materiais de revisão constitucional seja objeto de revogação ou alteração, ou seja, não se encontra imune de supressão ou modificação. As chamadas cláusulas pétreas, nessa linha de raciocínio, para além do paradoxo à democracia que suscitam e do fato de não encontrarem nenhum outro fundamento jurídico para além de uma simples autoatribuição ou auto-habilitação, questões que não iremos aqui desenvolver, “*podem significar apenas uma luz vermelha frente às maiorias parlamentares ávidas de mudanças radicais*”, porque, em tempos de crise, como sustenta o autor, parafraseando Ferdinand Lassalle, tais limites “*não são mais do que pedaços de papel varridos pelo vento da realidade política*” (op.cit., p.241), trazendo justamente o exemplo da Constituição de Weimar de que antes falamos, em que se mostrou completamente ilusório falar em limites materiais de revisão constitucional: o totalitarismo hitleriano não resultou de qualquer processo de revisão constitucional, fazendo perfeita a adjetivação de Paulo Otero quanto à plasticidade da técnica de positividade de uma hierarquia reforçada de algumas normas com enfoque exclusivo no interior do sistema.

¹¹⁴⁸ Que, em obra que leva o mesmo nome (*A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991), defende a Lei Fundamental como norma; como “expressão jurídico-formal de um decisor habilitado para o efeito, traduzindo, ainda, o mito da divinização da legalidade positiva e da norma escrita”, como anota Paulo Otero (in *Instituições Políticas e Constitucionais*. V.I. Coimbra: Almedina, 2007, p.20). Para Konrad Hesse, a efetividade dessa força normativa depende, em larga medida, da amplitude da convicção acerca de sua inviolabilidade, o que o autor chama de “vontade da Constituição”. Quanto mais intensa for essa “vontade da Constituição”, menos significativas serão as restrições e os limites impostos à essa força normativa. Contudo, a vontade da Constituição não é capaz de suprimir esses limites, aos quais a Constituição deve se conformar. Desse modo, a Constituição não configura simples pedaço de papel como afirmou Lassalle (op.cit., 24-25).

¹¹⁴⁹ In *A Essência da Constituição*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. Cuida-se de uma conferência proferida pelo advogado Ferdinand Lassalle no ano de 1863, proferida para intelectuais e operários da antiga Prússia, como indica a doutrina. Nela, Lassalle não se contenta com as respostas tradicionais dadas ao questionamento sobre o que é a Constituição, pois todas elas reportam como se forma e o que elas fazem, “*mas não explicam o que é uma Constituição. Estas afirmações dão-nos critérios, notas explicativas para conhecer uma Constituição; porém, não esclarecem onde está o conceito de toda a Constituição, isso é, a essência constitucional*” (op.cit., p.22).

apenas a mísera função de justificar as relações de poderes dominantes, pois contém, ainda que de maneira limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado por cosubstanciar também uma força determinante do Direito Constitucional, em que a Constituição goza de uma prevalência ordenadora e conformadora da realidade social e política não está errada. A história apenas mostra que ela é insuficiente.

Tanto é assim que, na Alemanha e em outros Estados que adotaram modelos totalitários, a Constituição não se mostrou, enfim, inquebrantável contra o arbítrio, o que força pensar em um fundamento de validade para a própria Constituição e impõe aderir à ideia de que, como afirmou Paulo Otero¹¹⁵⁰, *“a norma jurídica em geral e a norma jurídica em particular não se circunscrevem às normas escritas integrantes da legalidade jurídico-positiva, nem o respectivo conteúdo é completamente indiferente para aferir a sua validade”*.

Todos esses fatores conduziram Otto Bachof¹¹⁵¹, nitidamente imbuído de uma proposta efetivamente garantística da liberdade e da justiça, a concluir que uma norma constitucional, mesmo originária, pode não ser garantia bastante da liberdade, da igualdade e da justiça.

Ora, mesmo em nível de Constituição pode ocorrer, por exemplo, de os Legisladores Constituintes (originários ou derivados) serem omissos no seu mister e deixar haver lacunas na Constituição; podem ditar normas constitucionais que contrariem a essência do Direito (o “Direito Supralegal”) advogando, aqui, não a tese da unidade da Constituição¹¹⁵², mas de uma hierarquização de preceitos supralegais que

¹¹⁵⁰ in *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. V. I, 2º Tomo, Lisboa: Pedro Ferreira Ed., 1999, p.21.

¹¹⁵¹ Forçoso dizer que a obra de Otto Bachof surgiu em um contexto bem específico e de conturbada transição de um modelo de ditadura nacional-socialista (entre o fim dos anos 40 e início dos 50), em que a prepotência e o arbítrio foram levados ao extremo sem que se alterasse sequer uma vírgula da Constituição alemã, como dito em nota anterior. Daí se compreende o empenho de Otto Bachof, numa postura contrária ao positivismo jurídico, em encontrar pontos de saída que pudessem libertar a própria Constituição de, por vontade das autoridades constituídas, impor a obrigatoriedade de leis contrárias à justiça, ou seja, de instituir o Direito injusto que, a nosso ver, não é Direito, mas Poder travestido de norma.

¹¹⁵² Segundo o qual as normas constitucionais podem e devem ser interpretadas em conjunto, partindo do pressuposto de que a Constituição é a expressão do consenso fundamental em relação a determinados valores, princípios e regras. Conforme lição de Luís Roberto Barroso (in *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.192), *“a despeito da pluralidade de domínios que abrange, a ordem jurídica constitui uma unidade. De fato, é decorrência natural da soberania do Estado a impossibilidade de coexistência de mais de uma ordem válida e vinculante no âmbito de seu território. Para que possa subsistir como unidade, o ordenamento estatal, considerado na sua globalidade, constitui um ‘sistema’ cujos diversos elementos são entre si coordenados, apoiando-se um ao outro e pressupondo-se reciprocamente. O elo de ligação entre esses elementos é a Constituição, a origem comum de todas as normas”*, sintetizando-a como aquela norma que dá unidade e caráter sistemático a todo o ordenamento jurídico. Essa unidade se projeta, portanto, sobre todo o sistema jurídico-normativo, inclusive sobre a própria Constituição, pois ela não é, como aponta o autor, *“um conjunto de normas sobrepostas”*; antes, um sistema normativo fulcrado nas ideias que representam um núcleo irredutível e

possibilitariam a existência de choques normativo-constitucionais internos e exigiriam a eleição de critérios para ultrapassá-los, a exemplo do que ocorre no plano infraconstitucional, em que normas conflitantes entre si, ou seja, as antinomias (aparentes ou reais), que são ocasionadas por má técnica ou mesmo por interesses socioeconômicos que se contraponham, e precisam ser superadas por algum critério, seja cronológico, seja hierárquico ou mesmo um metacritério (consubstanciado em seu “Direito Supralegal”), como ocorre na ponderação de princípios, impondo ao intérprete ou ao aplicador do Direito o dever de harmonizar tais tensões e contradições internas de normas.

Por conseguinte, nesses casos pontuais, pode uma norma constitucional não ter obrigatoriedade jurídica nos mesmos moldes de uma norma jurídica qualquer, em que pese sua natureza constitucional, conclusão a que chegou a partir da análise do conteúdo das normas constitucionais, na medida em que o jurista germânico trabalhou com o conceito de Constituição e o de natureza do poder constituinte no plano material¹¹⁵³, transportando a mesma ideia para o âmbito processual.

Precursor da ideia em torno da possibilidade de hierarquização das normas constitucionais, Otto Bachof admite a existência de princípios hierarquicamente superiores dentro da própria Constituição, tese que, como vimos, abrange também o escalonamento de comandos normativos supralegais a orientar essa hierarquia que vai muito além da problemática dos limites materiais de revisão da Constituição.

Em seu pensamento também ganha espaço a noção de normas formal e materialmente constitucionais, estas gozando de uma garantia e de um valor superior justamente por contemplar matéria básica e institucional da organização política, ideia que adiante, em termos de doutrina constitucional europeia, se incorporou à doutrina

condicionante do entendimento de quaisquer de suas partes. É justamente por haver pluralidade de concepções que se mostra imprescindível, a juízo do autor, a unidade na interpretação.

¹¹⁵³ Maria Helena Diniz (in *Norma constitucional e seus efeitos*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p.11) leciona que “a Constituição, em sentido material, consiste no complexo de normas constitucionais pela sua matéria, isto é, por normas básicas indicativas de como devem ser elaboradas todas as normas gerais. A Constituição, no sentido formal, abrange normas constitucionais que, pela sua forma, embora disciplinem certas condutas de modo imediato, submetem-se a um processo específico de produção ou alteração disciplinado por outra norma constitucional”. O que aqui importa reter é que, quando se fala em Constituição material, o que se tem em mente é aquela Constituição composta por matérias essencialmente ligadas à organização do poder, à distribuição de competências; ao exercício da autoridade, à forma de governo, à pessoa humana, seus direitos inarredáveis e respectivas garantias, seja no âmbito individual ou coletivo de exercício, enfim, referindo a elementos básicos ou institucionais da organização política; disciplinas envolvendo determinados comandos imprescindíveis à existência e ao funcionamento da ordem política, sendo imponderável que sejam subtraídos da disciplina constitucional pelo legislador constituinte, pois constituem a essência da Constituição em cujo cerne está o homem e sua intrínseca dignidade.

dos aspectos formais e materiais dos direitos fundamentais desenvolvida na Alemanha, por Robert Alexy, e, em Portugal, pelo seu seguidor na temática, Joaquim José Gomes Canotilho, preconizando que a fundamentalização pode não estar associada à Constituição escrita e à ideia de constitucionalidade formal, como bem demonstra a tradição inglesa da *Comum Law*.

É precisamente esse o raciocínio que abre a Constituição a outros direitos (e, a nosso ver, também a deveres oriundos de normas *jus cogens*) materiais, igualmente fundamentais (o que se insere na ideia de uma supralegalidade e de uma supraconstitucionalidade), mas não constitucionalizados formalmente como fundamentais, permitindo falar em um *princípio da não tipicidade* dos direitos e dos deveres materialmente fundamentais.

Logo, há que se admitir, segundo esse entendimento, o controle de constitucionalidade das normas constitucionais¹¹⁵⁴, inclusive das originárias, sob o enfoque de uma *supraconstitucionalidade* e de uma *suprapositividade*, onde reside o fundamento último de validade de qualquer norma jurídica, a ideia mesma de Direito válido (que não abre mãos de sua essência, tampouco da historicidade, da temporalidade, de sua evolução, enfim), que repousa na consciência jurídica universal em torno dos valores superiores ao homem e à sua dignidade, informados por elementos essenciais de liberdade, segurança e justiça que, em uma de suas formas de expressão, é a solidariedade, inerente à dimensão naturalmente social do ser humano, de sorte que nem mesmo a Constituição pode consagrar como justo aquilo que não é, pena de se converter em Poder, já não em Direito.

Embora, é verdade, seja pequena a probabilidade de o legislador democrático e livre ultrapassar os limites impostos pelo “Direito Supralegal” que identificamos, em projeção universal, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no plano teórico e prático, não é impossível que se repita o que o mundo viu acontecer na primeira metade do século XX. Não podemos, ao menos no plano teórico, afirmar que isso esteja completamente descartado. Aliás, nos vêm diariamente, pelos mais variados meios de comunicação, em especial, via rede mundial de computadores, atentados repugnantes aos direitos humanos.

Não por outra razão, alguns Estados adotaram precisamente medidas legislativas concretas no intuito de impedir o desvirtuamento desse mínimo ético, formal e

¹¹⁵⁴ Aqui vale lembrar que na Alemanha, onde essa tese foi gerada, não há controle difuso de constitucionalidade. Só o Tribunal Constitucional Federal pode declarar a inconstitucionalidade de uma norma.

positivamente *atrelando a interpretação e a integração da Constituição à Declaração Universal dos Direitos Humanos* (norma *jus cogens*), assumindo a possibilidade teórica e prática de haver, no plano constitucional, algum distanciamento de seu legislador e, por conseguinte, de haver normas constitucionais inconstitucionais ou em conflito com uma norma *jus cogens*, a demonstrar que a Constituição escrita não é o fundamento último, o começo de todo o Direito, nem necessariamente o marco inicial de toda a atividade interpretativa.

Para além do Direito consuetudinário (alguém haveria de sustentar que, no sistema da *Comum Law*, os direitos fundamentais do homem estariam desprovidos de proteção jurídica?), o fenómeno aparece inequivocamente, ao nosso modo de ver, em diversas Constituições¹¹⁵⁵, mais paradigmaticamente porque precursora, nesse sentido, na Constituição da República Portuguesa de 1976, precisamente em seu artigo 16º, 2º, como, destarte, já sustentamos, com base no magistério de Paulo Otero.

Com efeito, o artigo 16º, nº 2, da Constituição da República Portuguesa de 1976¹¹⁵⁶, vem comprovar, ao nosso modo de ver, o que acabamos de afirmar e pelas razões que sustentamos, pois, alterando todas as referências e padrões interpretativos tradicionais que se orientavam a partir da Constituição e nela tinham o fundamento último de conformidade legislativa, o dispositivo em tela introduziu no Direito Português, duas alterações de extraordinária relevância, que se projetam, em nosso entendimento, para toda a reflexão em torno da interpretação constitucional e nos permitem, ao menos no plano teórico, admitir a existência de normas constitucionais inconstitucionais.

O dispositivo manda que os preceitos legais sobre direitos fundamentais, além de sua necessária conformidade com a Constituição devem, obrigatoriamente, ser interpretados e integrados de acordo com a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*; sem embargo desse mandamento, o preceito ainda determina que *as próprias normas constitucionais sobre direitos fundamentais sejam interpretadas e integradas de harmonia com a mesma Declaração*, o que, como bem observou Paulo Otero¹¹⁵⁷, “*subverte as regras tradicionais de interpretação dos actos jurídicos*”, mas, mais que

¹¹⁵⁵ Como nas Constituições de São Tomé e Príncipe, de Cabo Verde, de Guiné-Bissau, Angola, Espanha, para ficar em poucos exemplos.

¹¹⁵⁶ Artigo 16.º

(Âmbito e sentido dos direitos fundamentais)

1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.

2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

¹¹⁵⁷ *Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: a Inconstitucionalidade de Normas Constitucionais?* In *O Direito*, 1990, III-IV, p.603.

isso, suscita a ideia de antinomias entre a *Declaração Universal de Direitos Humanos* e a Constituição Portuguesa.

Dito de um modo direto e simples, a ordem jurídica portuguesa reconhece que, *em matéria de direitos fundamentais* a Constituição não é o último ponto de referência interpretativa e integrativa, na medida em que a própria Constituição, numa autoimposição ou autossubordinação, afirma a existência de um *plano superior* que é a *Declaração Universal de Direitos Humanos*, o que nos permite falar de uma *supraconstitucionalidade*, pois reconhece que a DUDH tem, na matéria específica, uma *força jurídica superior* à própria Constituição e, neste aspecto, já não se está frente a uma garantia plástica, de tinta e papel.

Recepcionada que foi formalmente pela Lei Fundamental portuguesa, a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, que consubstancia, como sublinha Paulo Otero¹¹⁵⁸, princípios gerais de Direito Internacional, *já não se pode pensá-la como mero recurso interpretativo subsidiário*, porque, nessa norma de Direito Internacional Público, está a própria fonte supraconstitucional da qual a interpretação e a integração, em se tratando de matéria que verse sobre direitos fundamentais, deve partir, segundo a ideia de dignidade humana e de deveres fundamentais que, concretizando a solidariedade (inerente à dimensão social do homem e dele constitutiva), visam à realização do *bem comum*.

Tendo sido formalmente recebida, ela adquiriu força normativa e é parte integrante da Constituição da República Portuguesa, é dizer, a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* vale no Direito interno português - assim como é vinculante da ordem interna de qualquer modelo constitucional - com uma força jurídico-constitucional especial, esta, sim, como uma verdadeira cláusula pétrea de reforço aos direitos humanos.

Veja-se que, no tópico específico, não se trata do dever de o Direito Internacional comum ou geral ter um padrão de conformidade com a Constituição; ao revés, o artigo 16º, nº 2, está a dizer expressamente o contrário, isto é, que em matérias relacionadas a Direitos Fundamentais, são as leis e a própria Constituição que devem ser interpretadas e integradas de harmonia com a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* que, nessa temática, passou a ter um valor superior na estrutura normativa interna na ordem jurídica portuguesa, valendo acrescentar, ainda, que a referida *Declaração Universal dos Direitos Humanos não se sujeita a qualquer controle no âmbito estatal e tampouco*

¹¹⁵⁸ *Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: a Inconstitucionalidade de Normas Constitucionais?* In *O Direito*, 1990, III-IV, p.606.

comporta qualquer processo de fiscalização de constitucionalidade¹¹⁵⁹, já que não há um Parlamento global, um Órgão de Administração universal ou um Supremo Tribunal Internacional com jurisdição obrigatória a todos os habitantes do Planeta Terra. Enfim, nesse âmbito, a regra ainda é a ausência de centralidade da Comunidade Internacional, o que decorre do fato de não haver aí, à partida, um conceito paralelo ao de soberania estatal. Porém, há o de *jus cogens*, norma imperativa e heterovinculante.

Considerando que suas disposições têm valor de princípios constitucionais, e partindo do pressuposto, segundo o nosso entendimento, de que ela passou a integrar a Constituição, no caso, também, formal, dotada de uma normatividade superior que é, suas disposições não podem ser modificadas, suspensas ou revogadas pelo legislador nacional - “a DUDH tem uma autonomia própria de conteúdo, insuscetível de penetração pelo legislador constituinte”¹¹⁶⁰ -, além do que, as normas oriundas da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* antes constituem padrão de fiscalização de constitucionalidade das normas legais e constitucionais, sem que possam, elas mesmas, sofrerem, por vontade do legislador constituinte, qualquer modificação em sua força jurídica ou terem alterado o seu conteúdo.¹¹⁶¹

¹¹⁵⁹ Esse entendimento não é pacífico em Portugal. Por exemplo, para Jorge Bacelar Gouveia, em que pese o inegável esplendor que os diversos autores indiscutivelmente emprestaram à Declaração Universal dos Direitos do Homem e à questão de sua intervenção sobre a Constituição, há, em algumas apreciações, inversões metodológicas que suprimiram a persuasão e o alcance que deveria brotar da investigação - e, nesse sentido, lança uma crítica a Paulo Otero e a todos os doutrinadores que, olhando para a simples referência constitucional à DUDH, com isso se contentam, achando-a bastante para concluir que o correspondente texto tem um valor constitucional, chegando a ilações que Jorge Bacelar Gouveia reputa excessivas -, pois afirmaram, a partir de um conceito de recepção constitucional, a superioridade da DUDH antes de apreciar e analisar as funções da Declaração Universal dos Direitos Humanos no texto constitucional. Para o autor (in *Os Direitos Fundamentais Atípicos*. Lisboa: Editorial Notícias, 1995, p. 148), tais posturas desconsideram o significado jurídico-constitucional da função interpretativa da DUDH que é, na ótica do autor, apenas mais um dos elementos a ser considerados na interpretação constitucional. Nesse sentido, “não se aceitaria que um texto constitucional só fosse interpretado por referência à Declaração Universal, com o resultado de não poder, as mais das vezes, resultar em algo útil - seja porque a Declaração Universal é escassa relativamente ao texto constitucional; seja porque o texto constitucional, como fonte de índole legislativa que é, oferece outros elementos interpretativos que é impossível descurar”. Sendo uma entre outras fontes de interpretação constitucional, em que pese a Constituição dizer que os preceitos envolvendo matéria de direitos fundamentais se harmoniza com a DUDH, o recurso a ela, no caso concreto, pode mesmo ser desnecessário em face de outras fontes. No que tange à função integrativa, que, em última análise, assenta-se na questão de lacunas normativas na Constituição, condensando a ideia de que o texto constitucional humildemente aceita não ter solução para todos os problemas que se coloquem à proteção dos direitos fundamentais, em que, supletivamente, estaria autorizado a lançar mão da DUDH para cumprir esse papel, Jorge Bacelar Gouveia objeta com a possibilidade de a Declaração Universal dos Direitos do homem não estar conforme o espírito do sistema normativo, para, por mais esse fundamento, refutar qualquer reconhecimento de uma supraconstitucionalidade que doutrinariamente vem a doutrina reconhecendo no artigo 16º, 2º, da CRP.

¹¹⁶⁰ OTERO, Paulo, in *Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: a Inconstitucionalidade de Normas Constitucionais?* In *O Direito*, 1990, III-IV, p. 608.

¹¹⁶¹ Embora no pensamento de Otto Bachof nada impediria, de fato, a supressão do dispositivo da própria Constituição. O assunto não é pacífico, mas digno de registro, ao que nos limitamos, porque não se insere no foco de nossa pesquisa.

Ao fim e ao cabo, o artigo 16º, nº 2, da constituição da República Portuguesa, consagra o princípio da interpretação conforme a Declaração Universal de Direitos Humanos, o que, no magistério de Paulo Otero¹¹⁶², suscita um significado quádruplo: a) ela delimita o campo de soluções interpretativas válidas, afastando imediatamente todas aquelas que se mostrem em desarmonia com a Declaração; b) em casos de polissemia ou plurissignificação de normas constitucionais sobre direitos fundamentais, deve-se dar preferência ao sentido mais conforme a Declaração; c) perante conceitos indeterminados relativos a direitos fundamentais, deve a sua densificação ser efetuada de harmonia com o espírito da Declaração; e, por último, d) a Declaração constitui um referencial axiológico de enquadramento unitário de todas as normas (legais e constitucionais).

Desse conjunto argumentativo, extrai-se uma explicação e uma fundamentação constitucional plenamente defensável para a existência de *deveres fundamentais extraconstitucionais*, na medida em que não há dissenso de que a matéria dos deveres fundamentais integra a Constituição do Indivíduo, o que vai robustecido pelo fato de o artigo 29º, nº 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, dispor que “*toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível*”.

Essa postura assume relevo em favor dos deveres fundamentais extraconstitucionais, concretizadores do princípio da solidariedade constitutivo do ser humano, nos aspectos em que a Constituição, em matéria de direitos fundamentais, for omissa ou lacunosa, ou, ainda, tutelar de forma menos favorável a pessoa humana em matéria de instituição de deveres fundamentais (já que correlativa à matéria de direitos humanos que a Declaração Universal dos Direitos Humanos consagra), circunstâncias em que se admite que o intérprete daí extraia dado dever fundamental extraconstitucional, o que nada tem de invasivo, dada a superioridade normativa da Declaração Universal dos Direitos Humanos em termos de interpretação e integração em matérias inerentes aos direitos humanos ou direitos fundamentais, cuja leitura e realização são imponderáveis sem deveres fundamentais.

Um problema que essa superioridade normativa suscita diz com a hipótese de a Constituição tutelar de forma mais efetiva matéria relativa a direitos fundamentais que a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos. Parte da doutrina tem apontado

¹¹⁶² *Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: a Inconstitucionalidade de Normas Constitucionais?* In *O Direito*, 1990, III-IV, p. 609.

que vigora, no caso, o princípio da interpretação mais favorável à efetivação dos direitos fundamentais.¹¹⁶³

Não compreendemos, no entanto, que, afirmada uma superioridade normativa da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, se possa, segundo um critério de conveniência, *in casu*, a bondade de a Constituição preterir ou restringir essa superioridade. Não há leitura da Constituição que nos pareça poder amparar esse entendimento ante o reconhecimento de uma norma *jus cogens* que lhe seja superior.

Ademais, conquanto a matéria de deveres fundamentais seja correlativa aos direitos fundamentais, todos os limites porventura impostos pela *Declaração Universal dos Direitos Humanos* quanto ao exercício dos direitos fundamentais, se afirmam, ao menos enquanto viger o artigo 16º, nº 2, da Constituição da República Portuguesa, com plena validade, de sorte que, como bem sustenta Paulo Otero¹¹⁶⁴, considerando a superioridade normativa da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, as leis restritivas de direitos, exemplificativamente, “*além do possível fundamento na necessidade de salvaguardar outros interesses constitucionalmente protegidos*”, podem, ainda, ser justificadas pela finalidade de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática, como prevê o artigo 29º, 2º, da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, o que o autor enfatiza com amparo no artigo 18º, nº 2, da Constituição da República Portuguesa, argumentando que os limites oriundos do artigo 29º, 2º, da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, não resultam só de um texto constitucional consagrador de princípios gerais de Direito internacional, mas, especialmente porque “*a Constituição da República Portuguesa os acolheu numa posição hierárquico-normativa reforçada face às próprias normas constitucionais sobre direitos fundamentais*”.¹¹⁶⁵

Nesse espectro é que surge mais nitidamente o problema das normas constitucionais inconstitucionais, pois qual seria a validade de uma interpretação de uma norma de harmonia com a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* que contrarie a Constituição? A questão é pertinente, porque a própria *Declaração Universal dos Direitos Humanos* não dispõe de qualquer regra para a solução dessa antinomia. A

¹¹⁶³ Esta é a posição defendida, dentre outros, por José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira (in *Constituição da República Portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra, 2007, p.368), sustentando vigorar aí “*um princípio da preferência de aplicação das normas consagradoras de um nível de proteção mais elevado*”.

¹¹⁶⁴ *Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: a Inconstitucionalidade de Normas Constitucionais?* In *O Direito*, 1990, III-IV, p.610.

¹¹⁶⁵ *Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: a Inconstitucionalidade de Normas Constitucionais?* In *O Direito*, 1990, III-IV, p.611.

sugestão dada por Paulo Otero¹¹⁶⁶, com a qual concordamos pela sua mais absoluta razoabilidade e racionalidade é que, na hipótese, o intérprete busque a solução no espírito do artigo 16º, 2º, da Constituição da República Portuguesa, dando-se prevalência ao sentido interpretativo resultante da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, porque a vontade constitucional é justamente a de conferir a ela uma supraconstitucionalidade ou superioridade hierárquica.

Pode ocorrer, ainda, eventual contradição entre um preceito da Constituição instrumental¹¹⁶⁷ e uma regra da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Nesse caso, verifica-se justamente uma situação contrária à anterior, porque agora está em causa um preceito cujo sentido interpretativo não se harmoniza com a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, ou, se preferir, de uma norma constitucional contrária à *Declaração Universal dos Direitos Humanos*.

Essa é uma questão para a qual não há consenso na doutrina portuguesa. Uma primeira corrente, que tem como expoentes José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira¹¹⁶⁸, sustenta a prevalência da Constituição sempre que suas normas entrem em conflito com os preceitos da *Declaração Universal de Direitos Humanos*, conferindo àquela supremacia.

Em sentido justamente oposto, há uma corrente que, em casos tais, entende deva ser conferida primazia à *Declaração Universal dos Direitos Humanos* em face da Constituição. Defende tal posicionamento Afonso Rodrigues Queiró.¹¹⁶⁹

Uma postura intermediária advém da orientação de Jorge Miranda¹¹⁷⁰ para quem, é preciso distinguir se essa norma constitucional que contraria a Constituição é originária ou se ela é proveniente do poder constituinte derivado. Na primeira hipótese,

¹¹⁶⁶ *Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: a Inconstitucionalidade de Normas Constitucionais?* In *O Direito*, 1990, III-IV, p.611.

¹¹⁶⁷ Jorge Miranda (in *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 5ª ed. Coimbra: Coimbra, 2003, p.36 e s.) diferencia a Constituição instrumental a partir daquilo que ela não é: “A distinção entre Constituição formal e Constituição instrumental é paralela à distinção entre as fontes do Direito como processos de criação e fontes do Direito como modos de revelação de normas jurídicas.” O autor explica que “as normas formalmente constitucionais depositam-se ou documentam-se em textos constitucionais (tenham ou não o nome de Constituição ou leis constitucionais). Só as que sejam criadas por costumes - admitindo-se a relevância dos costumes internacionais - ficarão de fora”; já “a inscrição de uma norma Constitucional instrumental é critério seguro de que pertence à Constituição formal. Isso somente não se verifica na ocorrência - algo anômala - de autodesconstitucionalização, quando a própria Constituição dispõe que certa norma ou norma sobre certa matéria não adquire ou já não tem valor de norma constitucional.”

¹¹⁶⁸ Para maiores aprofundamentos, remetemos o leitor à obra *Constituição da República Portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra, 2007, pp.364 e s.

¹¹⁶⁹ In *Lições de Direito Administrativo*. V. I, Coimbra: Coimbra, 1976, pp.326 e s.

¹¹⁷⁰ Para aprofundamentos, remetemos ao seu *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2003, pp.156 e s.

compreende que o conflito deve ser resolvido com a retração da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*; na segunda, a norma constitucional proveniente do poder reformador, contrária à *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, acarreta a inconstitucionalidade da norma constitucional.

Entretanto, comungando da ideia do valor hierárquico-normativo superior da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, por constituir uma norma *jus cogens*, ainda que restrita a determinadas matérias, em relação à Constituição, por condensar os valores axiológicos superiores de uma consciência universal em torno do homem e de sua dignidade, é perfeitamente sustentável a tese da existência de normas constitucionais inconstitucionais, sejam elas originárias, sejam resultantes de revisão constitucional o que resulta, como observa Paulo Otero¹¹⁷¹, de “*uma mera consequência de desconformidade entre duas estruturas normativas de direito positivo com valor jurídico diferente*”. Entre o particularismo (do Estado soberano) e o universalismo (da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*), a Constituição da República Portuguesa de 1976, teria feito uma clara opção por esta última.

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, bem assim outros tribunais daquele país, em várias decisões, reconheceram, inicialmente, a tese da suprapositividade como vinculante, em primeira linha, do legislador constituinte. Mas a tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inconstitucionais com base na *Declaração Universal dos Direitos Humanos* não frutificou.

No Brasil, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não perfilha a possibilidade de se encontrar, no bojo da Constituição, normas originárias eivadas de inconstitucionalidade. Esta posição o STF externou na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 815/DF, julgada em 28/03/1996, ao rechaçar a tese de que há

¹¹⁷¹ *Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: a Inconstitucionalidade de Normas Constitucionais?* In *O Direito*, 1990, III-IV, pp.614-615). E aqui, observa o autor, “a situação de inconstitucionalidade de normas Constitucionais não decorre de qualquer contradição com eventuais princípios ou normas transcendentais e integrantes de uma noção vaga de direito suprapositivo. Pelo contrário, trata-se da violação de uma concreta norma de direito positivo integrante da DUDH, a qual, por efeito de uma norma positiva da Constituição (artigo 16º, nº 2), adquiriu valor hierárquico-normativo superior sobre todas as restantes da ordem jurídica”, e essa natureza superior da Declaração Universal dos Direitos Humanos é exatamente o que impede que a sua contradição pelas normas da Constituição, inclusive aquelas em sentido instrumental, sejam interpretadas como se se tratasse de uma relação entre regra e exceção, pois não existe entre as duas normas uma identidade de nível hierárquico. Ao revés, afirma-se a superioridade hierárquica da DUDH. Logo, sempre que as normas constitucionais estiverem com ela em desacordo, sendo originária ou derivada, não há que se retrair o alcance da DUDH, que, por ser hierarquicamente superior, ou seja, dotada de um valor jurídico supraconstitucional, exige um padrão de conformidade normativa com as suas disposições. Não há, por tais razões, a seu ver, uma incompatibilidade lógica de sua tese. Aqui, cabe reiterar: o fato de ser improvável, no plano prático, que um legislador democrático incida nessa inconstitucionalidade, no plano teórico é perfeitamente plausível.

hierarquia entre normas constitucionais originárias, dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras, o que compreendeu como incompatível com um sistema de Constituição rígida.

Ou seja, há que se pressupor que a vontade do Constituinte Originário é uma e coerente, remontando à ideia da Filosofia Grega de que o Direito é um *cosmos* e não um *caos*. Portanto, todas as antinomias existentes na Constituição, são aparentes; podem e devem ser resolvidas por critérios de especialidade ou de sopesamento de princípios de normas contraditórias advindas do poder constituinte originário; por isso, não há falar em inconstitucionalidade de umas em detrimento de outras, e tampouco em supramacia da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, apenas compreendidas como um instrumental para a determinação das regras de Direito.

Se o intérprete da Constituição sobre a qual vigora um princípio de unidade se deparar com duas ou mais normas aparentemente contraditórias, no entendimento do Órgão de Cúpula do Poder Judiciário que, no Brasil, também é a Corte Constitucional, o Supremo Tribunal Federal, cabe-lhe compatibilizá-las, de modo que ambas continuem vigentes. Logo, não há falar em controle de constitucionalidade de normas constitucionais produto do trabalho do poder constituinte originário.

Por outro lado, o STF já admitiu a possibilidade de controle de constitucionalidade em relação ao poder constituinte derivado, afirmando que as revisões e as emendas devem estar balizadas e necessariamente limitadas pelos parâmetros e pelos princípios fundamentais estabelecidos na própria Constituição.

Em nossa posição pessoal, embora conscientes de que se trate de um tema por muitos compreendido como *arquivado, sepultado, embalsamado* - para usar expressão de Paulo Bonavides, como dantes referimos -, e consentindo que tocamos, aqui, em pontos nevrálgicos da dogmática jurídico-constitucional, pois, em última análise, importa reconhecer que uma norma constitucional possa não possuir obrigatoriedade jurídica nos mesmos termos em que ocorre em relação a outras normas jurídicas, compreendemos que, se a Constituição, como destarte, todo o ordenamento jurídico, constitui sistema aberto, de há muito tendo abandonado a perspectiva positivista jurídica kelseniana de um modelo fechado e autorreferencial de produção normativa, e defendendo que, não obstante o Estado soberano tenha a primazia na produção normativa, lhe é defeso dispor da essência do Direito, ao qual está igualmente heterovinculado, mormente à *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de natureza *jus cogens*. Por isso, é mais do que possível, é provável, a existência de normas

materialmente inconstitucionais dentro da própria Constituição, seja originaria seja por revisão ou reforma, desde que em desarmonia com os princípios axiológicos superiores que, enfeixados na *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, expressam uma consciência jurídica universal em torno do homem e de sua dignidade, das quais nenhum poder estatal pode dispor.

Aliás, a própria técnica político-hermenêutica de sopesamento dos princípios, alguns materialmente mais densificados que outros, em boa verdade, é um reconhecimento, ainda que velado, da inconsistência e da contradição entre determinados preceitos constitucionais.

No que respeita a inconstitucionalidade por revisão ou reforma, não nos parece difícil justificar, ao menos sob o ponto de vista de uma autovinculação, no sistema jurídico brasileiro, a possibilidade de existirem normas constitucionais inconstitucionais, em que pese parte expressiva da doutrina enfatizar, como o faz Alexandre Coutinho Pagliarini¹¹⁷², que “*nenhuma norma da Carta de 1988 autoriza os intérpretes a entenderem que tratados internacionais comuns são superiores às leis federais brasileiras*”.

Mas o Brasil, embora não tenha feito uma opção formal por uma hierarquia superior das normas de *Direito Internacional Público* geral ou comum em relação às normas constitucionais, não havendo nenhuma matéria cuja normatização pelo Direito Internacional Público seja, numa perspectiva eminentemente positivista, superior às normas da Constituição de 1988, deixou uma “*janela aberta*”¹¹⁷³ para admitir como regra geral que os tratados e as leis federais *se equivalem*, sendo ambos, aliás, submetidos ao controle de constitucionalidade, consoante artigo 102, inciso III, *alínea “b”*, da Constituição Federal de 1988.

Ou seja, havendo conflito entre uma norma interna e uma norma decorrente de um tratado internacional, ele deverá ser dirimido segundo o brocardo *Lex posterior derogat priori*.

Entretanto, quando fizemos alusão à expressão “janela aberta”, tínhamos em mente que nem todo o acordo internacional possui, no Brasil, a mesma estrutura hierárquica

¹¹⁷² ***Teoria Geral Crítica do Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos***. In *Direito Constitucional Internacional dos Direitos Humanos*. PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p.39.

¹¹⁷³ Para usar, uma vez mais, expressão de Alexandre Coutinho Pagliarini (***Teoria Geral Crítica do Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos***. In *Direito Constitucional Internacional dos Direitos Humanos*. PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p.37).

que a Lei Federal. Há no sistema constitucional brasileiro quatro exceções¹¹⁷⁴ do que poderíamos designar de uma *supralegalidade* e uma hierarquia de peso. Dessas exceções, interessa-nos, precisamente, àquela feita aos *tratados internacionais de direitos humanos* que assumem *prevalência em detrimento das Leis Federais*.

Esse entendimento já estava perfeitamente firmado antes do advento da Emenda Constitucional nº 45/2004 (que introduziu no Brasil a chamada “Reforma do Poder Judiciário”), inicialmente, porque, como bem observa Alexandre Coutinho Pagliarini¹¹⁷⁵, a Constituição nasceu por escrito e formalmente desde as suas primeiras positivações, que datam do século XVIII, para cumprir uma estrita função: estruturar o Estado e proclamar e garantir os direitos fundamentais, o que conduz à conclusão inequívoca de que todas as normas relativas a direitos humanos e, nesse contexto, as correlativas de deveres fundamentais, por meio dos quais aqueles se realizam e se implementam, são normas materialmente constitucionais.

Depois, não se pode olvidar que o preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988 faz referência expressa de seu intento de assegurar, dentre outros, a justiça como valor supremo de uma sociedade que se afirma *fraterna*.

Sem embargo, no que concerne às relações internacionais, o Legislador Constituinte afirmou, em artigo 4º, inciso II, a prevalência dos direitos humanos e, por fim, o § 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 não deixa dúvidas de que a vontade constitucional brasileira é no sentido de considerar como normas de direitos humanos todas aquelas provenientes de princípios constitucionais e de tratados internacionais.

Essa realidade permite afirmar que há aqui uma dimensão de peso diferenciada, pois o constituinte brasileiro considerou, em matéria de direitos humanos e, por correlativa, a dos deveres fundamentais, tanto aqueles expressamente consagrados no catálogo dos direitos e deveres fundamentais e em outros locais do próprio texto constitucional, como aqueles que os intérpretes da Constituição haurirem como

¹¹⁷⁴ Para não passar *in albis*, vale registrar que no âmbito do Direito interno, no Brasil, tratados de Direito Tributário são hierarquicamente superiores às normas brasileiras de direito tributário (CTN, art.98); tratados de extradição têm preferência de aplicação pelos Ministros do STF em face da Lei 6.815/80, é dizer, do Estatuto do Estrangeiro; tratados de transportes internacionais são hierarquicamente superiores às leis brasileiras sobre o mesmo assunto (CF, art. 178)e, finalmente, tratados para a integração da América Latina são dotados de superioridade em relação às leis nacionais que regem o mesmo assunto (CF, artigo 4º, parágrafo único).

¹¹⁷⁵ *Teoria Geral Crítica do Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos. In Direito Constitucional Internacional dos Direitos Humanos.* PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p.41.

decorrentes dos princípios constitucionais de direitos humanos e, ainda, aqueles que forem formalizados em tratados internacionais dos quais o Brasil fizer parte.

Neste aspecto, Alexandre Coutinho Pagliarini¹¹⁷⁶ reforça a ideia de plasticidade ilusória da chamada *cláusula pétrea*, instituída para efeitos de blindagem da Constituição, como destacou Paulo Otero, trazendo, aquele autor, o exemplo, na ordem jurídica brasileira, da Emenda Constitucional nº 45/2004, em que a tese de Otto Bachof se mostra factível, ao menos no que respeita às normas constitucionais inconstitucionais oriundas do Poder Constituinte derivado.

Isso porque, a despeito de uma proposição de blindagem de supressão ou de modificação da Constituição naqueles aspectos em que se revela a sua própria identidade, onde estão, enfim, consagrados os princípios e os valores que lhe são mais caros, mesmo em um momento não caracterizado como crítico, de nada adiantou o que preceitua o artigo 60, §4º, da Constituição Federal, de 1988¹¹⁷⁷, na medida em que, a partir da referida Emenda, o Poder Constituinte derivado criou uma *dificuldade* para os Tratados Internacionais de Direitos Humanos¹¹⁷⁸; desde então, eles devem tramitar no Congresso como se fossem *Emendas Constitucionais*, ou seja, já não exigindo *quorum* simples (maioria simples) e votação única, mas *quorum* qualificado e dois turnos de votação em cada Casa Legislativa (Câmara e Senado Federal) para aprovação e promulgação, ou seja, dificultou a caracterização e a execução de normas de direitos

¹¹⁷⁶ ***Teoria Geral Crítica do Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos***. In *Direito Constitucional Internacional dos Direitos Humanos*. PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p.42.

¹¹⁷⁷ Art. 60 - A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

¹¹⁷⁸ Que, como enfatiza Alexandre Coutinho Pagliarini (***Teoria Geral Crítica do Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos***. In *Direito Constitucional Internacional dos Direitos Humanos*. PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p.44), são gênero dos quais Direitos Individuais são espécie.

humanos, em aviltamento explícito ao artigo 60, § 4º, que, em português bem claro, serviu exatamente para garantir reforçadamente coisa nenhuma em matéria de direitos humanos.

Como vimos, no Brasil, a despeito de também estar consagrado o princípio da não-tipicidade dos direitos fundamentais (CF, art. 5º, §2º), daí decorrendo uma clara proposta de, em matéria de direitos fundamentais, integrar a ordem constitucional interna com a comunidade internacional, correspondendo, na lição de Ingo Wolfgang Sarlet¹¹⁷⁹, “às exigências de uma ordem internacional cada vez mais marcada pela interdependência entre os Estados e pela superação da tradicional soberania estatal”, ainda se apresenta delicada e muito controversa a questão da inclusão das regras de Direito Internacional comum no âmbito do dispositivo retrorreferido.

Mas, será, por exemplo, que o Brasil ou qualquer outro Estado soberano, apenas por não terem em suas Constituições uma regra como a do artigo 16º, nº 2, da Constituição da República Portuguesa, podem se furtar à obediência a uma norma *jus cogens* como, exemplificativamente, a *Declaração Universal de Direitos Humanos*? Será que a Constituição da República Portuguesa, se não albergasse em sua Constituição o conteúdo do artigo 16º, nº 2, poderia, do mesmo modo, furtar-se à mesma obediência em prol de sua soberania?

Estamos em responder, no âmbito teórico, que não, porque as normas *jus cogens* em matéria de Direitos Humanos (numa linguagem internacional) ou de Direitos Fundamentais (numa linguagem do âmbito do Direito Interno) e, nesse contexto, de Deveres Fundamentais que concretizam a Solidariedade e realizam o *bem comum*, têm valor jurídico em si e força vinculante em si, porque justamente elas constituem o fundamento do Direito como um todo; consolidam princípios gerais fundados nas ideias de valor, de consenso jurídico geral e universal de justiça, de segurança, de liberdade, de condições de possibilidade da paz universal almejada pela humanidade.

Desimporta que tais normas sejam, porventura, como é o caso do dever de solidariedade, desprovidas de sanções, em um mundo sem Tribunais Internacionais permanentes para aplicá-los e exigí-los com força coercitiva, convictos que estamos que não é a coercibilidade ou a coação aquilo que confere juridicidade a esta e a outras inúmeras normas. Não são esses os elementos distintivos do Direito como já tivemos a oportunidade de abordar neste estudo.

¹¹⁷⁹ In *Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p.135.

Com efeito, perscrutando todo o raciocínio desenvolvido nesta investigação, nem todo o Direito é produto da vontade do Estado, pois, se assim não fosse, o Direito teria que ser definido como *Poder*.

E é precisamente porque nem todo o Direito é produto da vontade do Estado que se pode falar em normas extraestaduais, de natureza supraestadual, aptas a gerar efeitos heterovinculativos, isto é, serem obrigatórias e imperativas, independentemente do próprio Estado e do Direito por ele criado. E, por idêntica razão, considerando que tanto o Legislador Constituinte originário, como o derivado, pode, a rigor, exorbitar de seu poder e de sua missão; e que os Poderes Constituintes Originário ou Derivado, ambos sofrem limitações quanto à sua legitimidade na produção do Direito, é defensável a postura que acolhe a possibilidade de existirem normas constitucionais inconstitucionais.

Não se quer jamais colocar em causa, neste estudo, que o Estado não tenha primazia na produção normativa, pois é preciso que tenha. Não se pode sequer olvidar que, embora existam outras fontes de produção normativa decorrentes de todo o movimento de descentralização e de desregulação, advém do Estado e nele se encontra o grau máximo de reversibilidade do mesmo fenómeno; além disso, milita em seu favor um princípio residual de competência decisória, porquanto detém uma competência normativa genérica sobre todas as matérias que não tenham sido objeto de expressa atribuição a outras entidades. Logo, o Estado desfruta, sempre, de uma competência subsidiária podendo-se até falar de um princípio de supletividade do Direito do Estado.

Como bem lembra, uma vez mais, Paulo Otero¹¹⁸⁰, perfilando o raciocínio de Otto Bachof, se prescindirmos do reconhecimento do Direito extraestadual e de valores supraestatais, bem se pode afirmar que, *“segundo um corolário decorrente do princípio da constitucionalidade, enquanto expressão da vontade Constituinte do próprio Estado consagrada num texto de Direito positivo chamado ‘Constituição’, reside no Estado o fundamento de validade de todo o Direito e, simultaneamente, a existência de mecanismos institucionalizados susceptíveis de controlarem e garantirem a conformidade de todo o Direito com a vontade do Estado expressa na Lei Fundamental”*. O princípio da constitucionalidade, nesse diapasão, incorpora um dos mais relevantes mecanismos de supremacia do Direito do Estado.

E, se for assim, ou seja, se nada acima ou anteriores à Constituição condicionar a vontade estatal; se o Estado for o fundamento único de validade de todo o Direito, *será*,

¹¹⁸⁰ In *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. V. I, 2º Tomo, Lisboa: Pedro Ferreira Ed., 1999, p.41.

também, na vontade do Estado que repousará a vinculação e, por conseguinte, a aplicação, no âmbito interno, do próprio Direito Internacional Convencional.

Como visto, o Direito se apresenta autonomamente, em algumas hipóteses, ora como resultado da natureza das coisas, como ocorre no Direito Natural ou com os *princípios jurídicos fundamentais*, mas essa autonomia também pode originar-se de estruturas orgânicas não criadas pelo Estado ou relativamente às quais ele não tem a menor ingerência, podendo-se citar, a título de exemplo, o próprio Direito Canônico; os atos jurídicos emanados do Parlamento Europeu ou dos Tribunais de Justiça da Comunidade Europeia, ou mesmos aqueles advindos de outras tantas organizações internacionais supranacionais.

Ainda, no que particularmente nos interessa na sequência desta investigação, essa independência entre Direito e Estado fica mais evidente quando consideramos aquele como procedente de estruturas decisórias totalmente autônomas em relação ao Estado, sendo criado, por exemplo, por meio de formas inorgânicas da sociedade civil (como os costumes ou aquelas decorrentes da autonomia normativa privada) ou mesmo da sociedade internacional, como os costumes internacionais e as normas que vimos referido como *jus cogens*, como é, segundo cremos, o caso da solidariedade, um *princípio jurídico fundamental*, destarte expresso na *Declaração Universal dos Direitos Humanos* em seu artigo 29º, nº 1, quando esta dispõe que “*toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível*”.

A proposta de heterovinculação do Estado a uma norma *jus cogens* que incorpore ou represente uma síntese dos valores axiológicos superiores de uma consciência jurídica universal em matéria de direitos humanos, como é a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, implica um reforço de garantia e de efetividade à tutela da pessoa humana e de sua dignidade. Ela intenta romper com a via do *vale tudo* pelo poder, no âmbito interno dos Estados, suplantar o voluntarismo dos Estados soberanos em matéria de direitos fundamentais; e superar a antonomásia de substituir um termo pelo outro, para seguir um plano de supremacia do poder, na manutenção apenas de seus interesses particulares, em detrimento da realização da dignidade humana e do *bem comum*. Essa viragem copernicana poderia ser sintetizada no feliz exemplo empregado por Alexandre

Coutinho Pagliarini¹¹⁸¹ quando propõe que os italianos indaguem: “*o que tenho a ver com a vida e com o bem estar dos líbios e dos tunisianos? A resposta é: muito! Tratam-se eles de seres humanos, tanto quanto os italianos e o mesmo se pode dizer dos alemães em relação aos turcos, dos franceses em reação aos argelinos, e dos americanos em relação aos mexicanos*”.

Não faltará quem oponha o obstáculo de que as Declarações Internacionais, em geral e especialmente a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, adotam uma forma de *Resolução*, não constituindo propriamente de um Tratado Internacional, ao menos não consoante formalmente o definiu a Convenção de Viena Sobre os Tratados.

Se seguissemos essa objeção, a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* e as Declarações Internacionais, em geral, mais não serão, na (in)feliz expressão de Ferdinand Lassalle, do que meros pedaços de papel que o tempo varre.

Mas é exatamente em sentido contrário, ou seja, porque esses meros pedaços de papel condensam os fundamentos últimos do Direito e os princípios e valores primordiais de liberdade, da segurança e da justiça, elementos essenciais do homem e conteúdo inarredável da sua dignidade, é que são plenamente aplicáveis, tanto no contexto do Direito Internacional como no Direito interno de cada Estado, que tem sido construído, como enfatiza Alexandre Coutinho Pagliarini¹¹⁸², “*o conceito de ‘jus cogens’ no campo dos Direitos Humanos como significantes de regras cogentes de DIP, principalmente no que se refere às normas humanitárias, e é deste modo que vão se amalgamando o Direito Internacional e o Direito Constitucional num só Direito Internacional Constitucional estruturante de uma nova ordem mundial e proclamadores de Direitos Humanos Fundamentais*”¹¹⁸³, Estados de Direitos Humanos e, por conseguinte, Estados de solidariedade.

Guido Fernando Silva Soares¹¹⁸⁴ nos lembra, inclusive, que há um Projeto sobre *Responsabilidade Internacional dos Estados*, proposto pela Comissão de Direito Internacional da ONU. Tal projeto ainda se encontra sob exame dos Estados-Membros, no aguardo de uma convocação de uma conferência diplomática, no intuito de se

¹¹⁸¹ ***Teoria Geral Crítica do Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos***. In *Direito Constitucional Internacional dos Direitos Humanos*. PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p.48.

¹¹⁸² ***Teoria Geral Crítica do Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos***. In *Direito Constitucional Internacional dos Direitos Humanos*. PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p.46.

¹¹⁸³ Incluindo na expressão, tantas gerações ou dimensões de direitos fundamentais quantas forem historicamente se formando.

¹¹⁸⁴ SOARES, Guido Fernando Silva, in *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Atlas, 2002, pp.134 e s.

converter em um futuro tratado. No artigo 19, § 3º, do aludido Projeto, são enumerados alguns casos que poderiam ser considerados condutas ilícitas dos Estados e, pelo tanto, aclarar os conteúdos das normas *jus cogens*; dentre tais casos está considerada uma grave violação e, em larga escala, de *uma obrigação internacional de importância essencial para a salvaguarda do ser humano*.

Sustentar, nessa ambiência, o princípio da solidariedade como um *jus cogens* internacional é colocá-lo no seu devido lugar, enquanto uma expressão particular de justiça (social e distributiva), decorrente da dimensão social indissociável do ser humano e concretizadora de sua própria dignidade.

Essa postura implica ter em mente, em primeiro lugar, que ele é um *princípio jurídico fundamental*, sequer suscetível de ponderação quanto a esta natureza, justamente por constituir uma manifestação de um valor que norteia a própria ideia de Direito, que é a justiça e a noção de respeito e apoio ao próximo, o que demanda não só uma atitude de abstenção (correlata a direitos), mas, também, de ações fundadas em postulados sociojurídicos como a proteção às crianças, aos idosos, às partes economicamente mais frágeis, o dever de assistência aos desamparados, aos portadores de necessidades especiais, entre outros, valores inscritos em uma consciência jurídica geral sobre a condição de pessoa humana e sua dignidade inviolável, o que torna incogitável ignorar a sua cogência, porque ontologicamente integrante da ideia de *pessoa humana e sua dignidade* que, enquanto tal, não pode prescindir de uma vivência em sociedade e sequer consegue realizar plenamente sua humanidade senão na sua integração com o outro e na inclusão do outro, como reconhecimento de uma igual dignidade em cada ser humano, no compartilhamento de uma mesma humanidade, que nos impõe a pensar na fruição dos direitos humanos em escala mundial.

É, também, considerar que o Direito constitui, como já sustentamos alhures, uma realidade humana; um fenômeno eminentemente humano, criado pelo homem e, enquanto tal tem necessariamente por base ou substrato o próprio homem, mas não aquele homem isolado, que bastava a si próprio, como pensado por Protágoras e, adiante, revivido e impulsionado pelo individualismo liberal, mas o homem compreendido como pessoa, socialmente considerado ou melhor, também considerado em sua condição ontológica natural-social, na medida em que o Direito só existe pelo homem, para o homem, e só a partir do homem, em sua essência individual e social, pode ser pensado e encontrar seu fundamento e finalidade.

Essa mesma realidade que preside toda ideia de Direito no âmbito interno se aplica ao Direito Internacional que, como todo Direito, só existe e se justifica em função do homem, mormente nos dias atuais, em que se apresenta com perfil diverso daquele de outrora.

Como bem destacam André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros¹¹⁸⁵, “*a Primeira Guerra Mundial poria em causa a ideia de soberania indivisível dos Estados, sobre a qual assentava toda a construção do direito internacional da paz e da guerra e, simultaneamente, faria desencadear um movimento que conduziria à progressiva absorção pela comunidade internacional de matérias de índole econômica e social, que tradicionalmente constituíam o monopólio dos Estados soberanos. Um e outro facto levariam à transformação do direito internacional público, do clássico direito internacional da paz e da guerra, no novo e moderno direito internacional, em que as questões da cooperação, do desenvolvimento e da integração, inclusive como formas de melhor preservar a paz e a segurança internacionais, preocupam a comunidade internacional tanto ou mais do que as matérias tradicionais da paz e da guerra*” o que, a nosso modo de ver, significa uma inequívoca projeção, ao nível da Comunidade Internacional, do reconhecimento de uma igual dignidade de todos e de cada um, independente da nacionalidade e da positividade jurídica, âmbito em que a solidariedade, enquanto forma particular de manifestação da justiça, inafastável da própria ideia de Direito, elemento essencial do homem cujo conteúdo realiza o *bem comum* e ganha concretude por meio dos deveres fundamentais, ganha especial relevo e se torna imperativa, assumindo-se como um *jus cogens* internacional, para dizer que todos somos livres e responsáveis pelos nossos fins que elegemos, como devedores daqueles com que dividimos ou compartilhamos uma mesma humanidade, devendo-lhes apoio no desenvolvimento de sua personalidade, como responsáveis pelo destino da humanidade, compreendendo todos como cada ser humano em todas as esferas de sua vivência social, nisso se inclui a Comunidade Internacional.

Sim, pois é preciso ter em conta que uma sociedade internacional é necessariamente *universal*, uma vez que abrange todos os entes, desde os Estados, as organizações nacionais e internacionais, as comunidades nacional e internacional, e o próprio homem. O reconhecimento da condição de sujeito de Direito Internacional, aliás, reclama apenas que os entes devam preencher certos requisitos, dentre os quais, terem fins compatíveis com a sociedade internacional, possuírem uma estrutura organizacional que os

¹¹⁸⁵ In *Manual de Direito Internacional Público*. Coimbra: Almedina, 1997, p.52.

qualifique a se relacionar com os demais sujeitos do Direito Internacional; e poderem assumir responsabilidade de seus atos perante a sociedade internacional.

Sem embargo, ao guindar o princípio da solidariedade à condição de uma norma *jus cogens* ao nível da Comunidade Internacional, isso remete, igualmente para o problema das fontes, notadamente, ao problema das fontes do Direito Internacional - um ramo do Direito que, como nenhum outro talvez, ao menos não tão intensamente, é dinâmico, dialético e busca acompanhar processos políticos, econômicos, sociológicos, confrontados, ainda, por fenômenos como a globalização e a integração -, é dizer, demanda analisar por que e como esse Direito é formado, aspecto sobre o que é bastante interessante enfrentar o argumento ilusório do monopólio estatal na produção do Direito, pois, ao nível internacional, no que respeita à produção normativa, sequer há um órgão central criador de regras a serem dirigidas e vincularem, de um modo geral, a Comunidade Internacional, podendo-se até falar em uma produção normativa internacional descentralizada e horizontal, já que o Direito, ao mesmo tempo em que não emana de um órgão central criador, vincula a todos indistintamente, entidades públicas e privadas.

Bem por isso, no âmbito do Direito Internacional, essa produção normativa está, em boa medida, atrelada justamente a regras de cunho imperativo, de observância obrigatória¹¹⁸⁶ que, ao contrário do Direito posto, notadamente pelos Estados soberanos, pela sua própria fundamentalidade, por constituírem *princípios jurídicos fundamentais*, são, também, nesse nível, impassíveis de ponderação e, por isso, não podem ser derogadas pela vontade unilateral de um Estado, mesmo que soberano.

Logo, falar da solidariedade enquanto um *princípio jurídico fundamental*, como expressão de uma forma particular de justiça, permite afirmá-la uma norma *jus cogens*, ou seja, asseverá-la como imperativa, peremptória, cuja derogabilidade é mesmo imponderável, fora de cogitação, impensável, pois indispensável à própria existência dos Estados e da Comunidade Internacional (hoje em muito centrada, para além da manutenção da paz e da segurança internacionais, na questão da garantia e da efetivação dos Direitos Humanos em escala global, indissociável da noção de liberdade, segurança justiça e igualdade, é dizer, na solidariedade enquanto forma daquela se expressar), o que se torna ainda mais evidente, se pensarmos que a sociedade internacional é uma sociedade descentralizada e horizontalizada, em que não existe uma organização

¹¹⁸⁶ Embora essas regras possam se apresentar com menor grau de autoridade, como sucede com as *recomendações*.

institucionalizada, uma vez que não há um *superestado*, nem um Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário únicos, autovinculativos de toda a Comunidade Internacional, capazes de produzir e aprovar normas de cunho geral e abstrato (segundo o princípio majoritário), executá-las e julgar eventuais transgressões a todas as entidades da sociedade.

Não há Congresso Legislativo Internacional; não há uma estrutura hierárquica e isso conduz à seguinte realidade: o processo de criação do Direito, em nível internacional, só pode ter uma abordagem a partir de suas fontes, havendo, inclusive, certo consenso de que essas fontes podem ser extraídas do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça,¹¹⁸⁷ ou, se preferir, da *Corte de Haia*.

A Corte de Haia, a partir de tal dispositivo, reconhece um rol de fontes formais que, de modo universal, são aplicáveis aos Estados e os vinculam. São elas, como sabemos, as *convenções*, os *tratados*, os *costumes*, os *princípios gerais do Direito*, as *decisões das Cortes Internacionais* e, de modo subsidiário, a *doutrina*, a *jurisprudência* e a *equidade*.

A doutrina, por isso, costuma dividir as fontes em dois grupos: *as convencionais* (autovinculativas, expressas pela vontade dos sujeitos de Direito Internacional como é o caso dos tratados e das convenções) e as *não convencionais* (heterovinculativas, expressas pelos costumes, pelos princípios gerais do Direito).

Mas esse elenco, como à altura já podemos afirmar, não se pode admitir como completo. O Estatuto da Corte Internacional de Justiça não contempla qualquer hierarquia entre as fontes, tampouco diferencia aquelas que são fundamentais daquelas marcadamente acessórias, além de não consagrar como fontes do Direito Internacional os atos unilaterais dos Estados e as Recomendações.

Contudo, a maior crítica que se faz é o fato de o Estatuto da Corte Internacional de Justiça não fazer qualquer menção às normas *jus cogens*, que somente vieram a ser reconhecidas e positivadas no artigo 53 da *Convenção de Viena sobre Direito dos*

¹¹⁸⁷ Artigo 38

1. A Corte, cuja função seja decidir conforme o direito internacional as controvérsias que sejam submetidas, deverá aplicar;
2. as convenções internacionais, sejam gerais ou particulares, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
3. o costume internacional como prova de uma prática geralmente aceita como direito;
4. os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas;
5. as decisões judiciais e as doutrinas dos publicitários de maior competência das diversas nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito, sem prejuízo do disposto no Artigo 59.
6. A presente disposição não restringe a faculdade da Corte para decidir um litígio *ex aequo et bono*, se convier às partes.

Tratados, de 1969, ao prescrever que, havendo conflito entre normas imperativas com qualquer norma proveniente de outras fontes, aquelas (*jus cogens*) devem prevalecer, porquanto primárias e obrigatórias às fontes, em face de sua qualidade. Portanto, quando se fala em uma norma *jus cogens*, não se está a falar propriamente sobre uma fonte normativa em si, mas sobre a qualidade de que se revestem determinadas normas que, pelo seu conteúdo, assumem primazia sobre todas as outras, não porque o quer este ou aquele Estado em defesa de seus interesses próprios, mas porque elas enfeixam os valores mais caros à humanidade.

Jus cogens, para por às claras a sua relevância, constitui uma expressão latina e designa *Direito obrigatório*; ela assinala a qualidade superior de uma norma que a torna imperativa e tem como essência a impossibilidade de sua violação. Ela revela a existência de um Direito Internacional geral, oponível a todos os Estados, independentemente de sua aceitação ou de sua participação no processo de formação de tais normas; elas se impõem aos Estados mesmo que estes lhes opuserem objeção.

Tais formas consagram a noção de que, além daquelas normas que os próprios Estados criam, a elas se autovinculando, há outras normas que, em razão de expressarem uma Consciência Jurídica Universal, criam para os Estados, para alguns ou para todos eles, obrigações que favorecem ou beneficiam todos os demais enquanto comunidade, ou mesmo um a um, enquanto integrantes da Comunidade Internacional, titulares, por conseguinte, daquelas obrigações *erga omnes*.

Além disso, uma norma *jus cogens* traduz uma ideia de hierarquia valorativa; configura, portanto, um Direito não apenas importante, mas, o mais importante no âmbito do Direito Internacional comum ou geral. Essa qualidade de mais importante resulta de um entendimento, segundo Jean Salmon¹¹⁸⁸, quanto à própria tradução da expressão *jus cogens*, significando Direito constringente ou Direito imperativo. O termo imperativo, na lição do autor, não equivale a obrigatório, característica que aponta como intrínseca de todas as normas jurídicas - embora pessoalmente não concordemos com essa específica assertiva pelas razões já explicitadas -, mas por se tratar da obrigatoriedade mais elevada, mais constringente. O mais importante decorre igualmente do fato de que as normas seriam imperativas em razão de seu conteúdo mais relevante, mais essencial.

¹¹⁸⁸ SALMON, Jean, in *Dictionnaire de Droit International Public*. Bruylant: Bruxelles, 2001, pp. 631-632.

A existência de normas *jus cogens*, reconhecemos, não é algo totalmente pacífico, especialmente contestado por adeptos à teoria dualista entre o Direito Internacional Público comum e o Direito Constitucional, vistas como ordens jurídicas apartadas e completamente independentes, e por defensores de teses voluntaristas, que acreditam na possibilidade de isolar um Estado das dinâmicas sociais nos relacionamentos internacionais. Os argumentos contrários à sua existência estão geralmente ligados à sua abstração e vagueza, o que pode, a rigor, no pensamento de quem advoga essa tese, acarretar riscos de favorecimento de um ente específico ou servir como objeto de manipulação. As objeções também repousam na ausência de coercibilidade e falta de sanção às normas em tela.

Não adentraremos a discussão em torno da vagueza e da abstração como oposição à sua existência, porque assumimos que a prova de que elas existem repousa no campo do imponderável, do irreduzível, eis que não está na esfera de disponibilidade de nenhum Estado soberano admitir, no âmbito de seu Direito interno, por exemplo, a escravidão, a tortura, o genocídio, apenas para ficar em poucos exemplos, invocando, para tanto, a sua soberania. Tocante às objeções que repousam na ausência de coercibilidade e falta de sanção às normas em tela, vale lembrar que a ONU pode impô-las aos Estados violadores de direitos humanos como legítimas, excepcionalmente, com o uso da força. Todavia, na questão da justiciabilidade, o problema segue em aberto.

Para alguns autores, as raízes dessas normas remontam ao Direito Natural; nós, particularmente, preferimos sustentar que o seu fundamento reside numa consciência Jurídica Universal em torno dos valores superiores na tutela da pessoa humana e sua dignidade; na imprescindibilidade de manutenção de um mínimo axiológico não apenas nas relações inclusive internacionais, ao mesmo tempo em que configura uma condição de possibilidade de existência, de garantia e de manutenção de uma comunidade humana; aí reside a fundamentalidade de uma norma *jus cogens* que impende que nenhum Estado pode ignorá-la nem realizar qualquer ato que a desrespeite.

Seria imponderável, por exemplo, admitir como Direito válido, para além das hipóteses antes elencadas, qualquer ameaça à integridade do território de um Estado por outro, assim como deixar a Comunidade Internacional de agir, concreta e efetivamente, no auxílio humanitário de Estados menos favorecidos ou, porventura, vitimados por catástrofes ocasionais. Como norma *jus cogens*, a solidariedade afirma, como destaca

Alexandre Coutinho Pagliarini¹¹⁸⁹, que, ou o mundo se conscientiza de que chegou o momento de partilha e de responsabilidade comunitária, interna e internacional, ou encontraremos mesmo a falência de nossa existência.

A solidariedade, enquanto uma forma particular de expressão da justiça constitutiva do próprio homem e sua dignidade em face de sua natural dimensão social, dentro do contexto de direitos humanos ou direitos fundamentais, consoante delineado no capítulo anterior, antecede o Estado e a própria Constituição, pode e deve ser compreendida como uma norma *jus cogens*, dado o seu caráter suprapositivo, o que nos permite pensar que ela se impõe inclusive ao Direito Internacional Público convencional, como um direito supralegal que também aí se antepõe.

Por todo o exposto, acreditamos vivamente que, sem desprezo ao valor de um *sentimento* de cooperação, isto é, de um voluntarismo altruísta, em seus vários níveis de projeção, mas é aí não reside sua essência nem seu fundamento último; que somente segundo uma ideia de heterovinculação é que se revelará uma compreensão integral do que é ser pessoa e o livre desenvolvimento da personalidade, o sentido de dignidade humana, de liberdade, de segurança, de justiça (se suas formas de expressão), *bem comum*, em confronto com a ideia uma igual dignidade de cada ser humano e o direito de cada indivíduo modelar ou conformar livremente a sua própria existência -, de sentido de Direito, de Constituição e de Estado de Direito, para construir uma teoria dos deveres fundamentais efetivamente válida, e válida para todos os tempos e para todos os lugares, inclusive deveres fundamentais perante pessoas que não conhecemos e com as quais nos relacionamos, porquanto a humanidade faz parte da criação e dela decorre um vínculo comum e indissociável entre todos os seres humanos (a humanidade), em todos os tempos e em todos os lugares.

O humanismo solidarista de que falamos talvez encontre na Bíblia um fundamento primeiro de posituação (Mt 58:42), onde está dito: “*Se alguém lhe pedir alguma coisa, dê; e se alguém lhe pedir algo emprestado, empreste*”. Desde essa ideia embasada nos ensinamentos do Jesus histórico, já é possível perceber, como vimos de sustentar, que a solidariedade transcende a compaixão e passa a um serviço efetivo; ou seja, a sua compaixão não se diluía em palavras, mas era sempre concretizada em atos de quem via, sentia e agia. Não se trata, repita-se, de uma apologia teológica, mas de considerar

¹¹⁸⁹ *Teoria Geral Crítica do Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos. In Direito Constitucional Internacional dos Direitos Humanos.* PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p.48.

uma teoria de amor ao próximo que, em primeiro lugar, propicia liberdade individual, como sublinha Jorge David Barrientos-Parra.¹¹⁹⁰

Isso porque, na lição do autor, “*o amor propicia a igualdade entre os homens*”. Leva-nos a considerar a nossa finitude e fragilidade. Demais disso, o nosso próximo não é necessariamente um membro da nossa família, um parente, um membro da nossa própria etnia, de nossa classe social, do partido político a que estamos porventura filiados, um membro de nossa religião, conforme nossa confissão de fé; pode, ao revés, sequer ter relação qualquer conosco, sendo, aliás, possível que seja inclusive um inimigo nosso, pois o que faz com que alguém seja o nosso próximo é o fato de ele ser simplesmente um “ser humano”, carente e necessitado, do qual tomamos conhecimento e temos a possibilidade de ajudá-lo de alguma forma. É o que preconiza, em outro exemplo de mesma origem, a *Parábola do Bom Samaritano* (Lc 10:29-37).¹¹⁹¹

Nessa reflexão, vale, então, resgatar alguns aspectos sobre os quais já nos debruçamos em linhas anteriores: o homem como pessoa, sua dignidade intrínseca, contendo em si a humanidade inteira, tendo em si, como constitutiva, uma dimensão social, ocupando a centralidade na ideia de qualquer Direito válido - da qual o elemento justiça, em seus vários modos de expressão, entre eles a solidariedade, que lhe é indissociável - de sociedade e de Estado, que têm na pessoa humana seu fundamento e sua finalidade; na precedência do Direito ao Estado e à Constituição, e na indisponibilidade do Direito no que tange à sua essência, pelo homem ou pela sociedade, seja pela vontade individual, seja pela vontade da maioria ou mesmo pela vontade da totalidade da sociedade, inclusive da sociedade política estatal e da Comunidade Internacional.

Ao longo de nossos desenvolvimentos viemos sustentando que, a par de uma essência individual, nós, seres humanos - um composto de corpo e alma -, temos também uma necessária essência comunicativa e interrelacional, uma dimensão de nossa dignidade enquanto princípio unificador do composto antes referido, que só na via de uma vivência coletiva se realiza em plenitude. E essa compreensão, por certo, é o que

¹¹⁹⁰ *Alguns Fundamentos Bíblicos na Formação Histórica dos Direitos Humanos*. In *Direito Constitucional Internacional dos Direitos Humanos*. PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p.110.

¹¹⁹¹ BARRIENTOS-PARRA, Jorge David. *Alguns Fundamentos Bíblicos na Formação Histórica dos Direitos Humanos*. In *Direito Constitucional Internacional dos Direitos Humanos*. PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, pp.110-111.

levou António Castanheira Neves¹¹⁹² a afirmar que vida comunitária é condição ontológica da própria realização de nossa humanidade. Isso também é válido no que concerne à Comunidade Internacional.

Peter Häberle¹¹⁹³ também revela que, no fundo, comunga desse entendimento ao reconhecer que, na dignidade habita, de antemão, uma dimensão comunicativa, social, que pode ganhar dignidade tanto na esfera privada quanto na pública. “*Sua abertura ao social, o momento de responsabilidade diante de outros homens e da comunidade, pertence a ela do mesmo modo e revela-se tão constituinte como o momento de autorresponsabilidade, no sentido de autodeterminação. As conexões intersubjetivas dos direitos fundamentais individualmente tomados constituem parcela da dignidade humana*”.

Ora, vista como uma manifestação particular da justiça, elemento integrante da condição humana, conteúdo de sua dignidade imanente e essencial à ideia Direito, que ganha concretude por meio dos deveres fundamentais, anterior ao Estado e à Constituição, não vemos como afirmar que a solidariedade deflue de um ajuste, de um consenso entre as pessoas, em razão de um simples sentimento de cooperação. Ela é tão natural do homem como os direitos decorrentes de sua condição humana.

A *Declaração Universal dos Direitos Humanos* de 1948, ao afirmar que “*Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível*” - sem confiná-los em um rol fechado, fazendo certo que tais deveres estão, tal qual os direitos, em permanente construção - bem confirma o que acabamos de afirmar, emprestando fundamento jurídico ao nosso entendimento, na medida em que definimos a solidariedade como um princípio da ordem social (ligado à igualdade de resultados) e de justiça política, como um princípio que dá alma, que anima o *bem comum* e que, à sua vez, alcança concretude por meio dos deveres fundamentais.

Vale registrar, por derradeiro, que a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* não confunde direitos humanos com deveres humanos, adotando, como só se poderia admitir, uma postura de não funcionalização dos direitos do homem; por outro lado, eleva os deveres fundamentais dos homens para com a humanidade ao mesmo patamar,

¹¹⁹² **O Princípio da Legalidade Criminal.** In *Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra. Número especial: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*. Vol. 1 (1984) p.390.

¹¹⁹³ **Dignidade Humana como Fundamento da Comunidade Estatal.** In SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Dimensões da Dignidade Humana: Ensaios Filosóficos do Direito e do Direito Constitucional*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp.45 e s.

ambos como inerentes da condição humana e, portanto, como um dado prévio ao Estado (e à Constituição), a uma Comunidade de Estados, como um verdadeiro *a priori*.

É de se concluir, portanto, se essa dimensão interrelacional do homem é da *conditio humana* constitutiva do homem; se viver em sociedade não é uma opção, mas uma necessidade natural do ser humano; se a solidariedade - enquanto princípio personalista da ordem social e de justiça social e política, é imanente do homem - não nasce de um pacto, de um contrato ou de um consenso; tal como a própria sociedade e o Direito, ela decorre da condição humana e, por assim ser, ela integra a ideia de Direito, e ao Estado, no processo de positivação, impõe-se apenas reconhecer-lhe, captar-lhe o sentido, para lhe dar conformação jurídico-positiva, que o Estado não pode dele dispor. Não é o Estado que a cria. Ela sempre existiu como constitutiva do homem, Por essas razões, o mesmo raciocínio vale para o âmbito do Direito Internacional Público, comum ou geral.

Uma vez definida a solidariedade; identificado o seu fundamento último e seus fins de realizar o *bem comum*, segundo o viés personalista que adotamos; vista sua forma de concretização por meio de deveres fundamentais para realização desse *bem comum*, quer nas relações do Estado com os indivíduos, quer nas relações do indivíduo para com os vários estratos da vida social, inclusive para com o Estado; afirmando a natureza jurídica do princípio da solidariedade como uma norma *jus cogens* inclusive ao nível internacional, por representar um valor imediatamente decorrente da dignidade da pessoa humana, sendo dela constitutivo, segundo uma consciência jurídica universal sobre os valores axiológicos supremos do homem e sua dignidade inviolável que se extrai da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, em razão do que sustentamos que o princípio da solidariedade vincula tanto as entidades públicas como as entidades privadas nas relações de tais entidades com aquelas e entre si, inclusive se projetando com o mesmo caráter cogente em nível internacional, cumpre-nos agora verificar como a solidariedade realiza o *bem comum*, estabelecendo esse liame obrigacional de Justiça Social, de Justiça Distributiva e de Justiça Política, ou seja, como ele se articula para atingí-lo, ao que os dedicaremos no capítulo subsequente.

Capítulo 7. O princípio da subsidiariedade como delimitador da solidariedade na realização do *bem comum*

De harmonia com o que estamos desde o início desta investigação sustentando, o princípio da solidariedade constitui, em derradeiro, uma manifestação dos Direitos Humanos. Como uma forma particular de expressão da justiça - que tal como a

liberdade e a segurança - é essencial do homem, integrando, portanto, o conteúdo de sua dignidade intrínseca, decorrente, imediatamente, da natureza social do homem, constituindo, também, os fundamentos e os fins do Direito, princípio que se concretiza por meio de deveres e busca realizar o *bem comum*, expresso por meio da Justiça Social, da Justiça Distributiva e da Justiça Política, é chegada a hora de falar como entendemos como esse princípio deve operar na realização do bem de todos e de cada um, segundo uma perspectiva personalista que consideramos adequada.

O ponto de partida desse raciocínio sempre será o reconhecimento de que todo o ser humano é dotado de uma igual dignidade inata e, como tal, merecedor de bens materiais e imateriais que confirmem ou permitam uma existência plena e feliz, bem como do direito de participar, em pé de igualdade, não de chances, mas de resultados, do *bem comum*.

Assumida essa postura na relação Estado-Indivíduos, o princípio constitucional da solidariedade, configurando uma necessidade racional constitutiva do ser humano é, também, a consagração do Estado do bem-estar Social e se impõe ao Estado, à Constituição e à Comunidade Internacional (como um autêntico *jus cogens*), quer pela sua razão humana, quer pelo fato de integrar aquela síntese de valores superiores inscritos na consciência jurídica universal em torno do homem e sua dignidade inscritas na *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. *O Estado Social é, portanto, uma figura ontologicamente constitucional*, e o bem-estar a ele se impõe como se impõe à Comunidade Internacional.

Sim, pois, nesse contexto, inarredável é concluir que os direitos fundamentais ditos de segunda dimensão ou geração também precedem à própria noção de Estado, uma vez que, integrando a ideia de um Direito pré-estatal, não dependem de concessão do legislador, porque umbilicalmente ligados à própria ideia de liberdade (para) e pelo seu vínculo indissolúvel com a igualdade material (de resultados e não apenas de chances ou oportunidades)¹¹⁹⁴, segundo uma leitura de justiça social e distributiva de riquezas);

¹¹⁹⁴ Ricardo Lobo Torres bem explica essa diferenciação: “*As discussões em torno da justiça social frequentemente se projetam para a temática da igualdade, a motivar a disputa entre os adeptos da igualdade de chances ou oportunidades e da igualdade de resultados*”. E segue o autor: “Os socialistas de um modo geral postulam a cidadania social fundada na igualdade de resultados, entendida como progressão para a igual distribuição dos bens sociais”. Afirmo que ela se distingue da igualdade de chances porque esta, integrando os direitos fundamentais, participa do *status positivus libertatis*, referido na construção de Jellinek, e é protegida por processos jurídicos específicos. Daí que a igualdade de resultados depende, segundo o autor, da situação financeira do Estado e das decisões orçamentárias, não constituindo, por isso, direito subjetivo público. (*A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos*. In *Teoria dos Direitos Fundamentais*. TORRES, Ricardo Lobo (Org.). 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 279-280.

embora dependam do patrocínio estatal (respeito, proteção e promoção), eles existem fora dos quadros do Estado e antes mesmo dele.

Assim, o dever de solidariedade está, nessa linha de raciocínio, diretamente ligado à ideia de *Justiça Distributiva*, envolvendo necessariamente a distribuição de riquezas (evidentemente reconhecendo suas limitações pela escassez e pelo nível de desenvolvimento social e econômico) entre todos, notadamente, para aqueles que se acham em situação de maior vulnerabilidade, usando a lei como instrumento voltado a reduzir as desigualdades sociais, dando, por meio dela, um tratamento desigual aos desiguais.

O dever de solidariedade, de outra banda, estabelece o dever de cada um, em todos os níveis de relação social, impondo-se como *Justiça Social*, exigindo esforços coletivos na realização do *bem comum*, bem como “*a atuação conjunta e cooperativa de todas as classes sociais, com o fito de construção de uma sociedade pautada pelo alcance e pela universal fruição da prosperidade material e imaterial*”¹¹⁹⁵, sem abrir mão, assim, das tarefas do Estado no âmbito da Justiça Distributiva e Política, na persecução dos fins últimos da vivência coletiva que é a dignidade ou a felicidade de todos e de cada um, conforme cada um definir. Logo, implica sempre uma imposição de dever de apoio, de meio, nunca de definição dos fins.

Evidentemente, a vida social é necessária e constitutiva da condição humana; melhor dizendo, é condição de possibilidade para a realização da dignidade integral da pessoa humana, seja ela traduzida como *felicidade* ou, numa perspectiva aristotélica, como *uma autossuficiência* que torna o ser humano carente de nada, mas sempre comportando um entendimento de que essa dimensão social integra a matéria de direitos humanos, seguindo as ideias de dignidade, plenitude e reconhecimento.

Entretanto, qualquer leitura adequada de dignidade da pessoa humana não pode deixar de considerar, com primazia, a sua dimensão individual, que, para além de uma perspectiva meramente biológica, portadora de um genoma que faz dela integrante da espécie humana, um exemplar único, irrepetível e insubstituível relativamente a todos os demais seres humanos, ela é também uma realidade, dotada de racionalidade e de um conteúdo interior, que lhe confere um componente ético e a capacidade de determinar os seus fins. O ser humano é o único que pode defini-lo, como o único capaz de superar a si próprio. Ele mesmo se insere numa categoria ético-axiológica a demarcar o suporte ontológico de todas as construções jurídicas na matéria de sua personalidade particular.

¹¹⁹⁵ CASTILHO, Barrientos-Parra, in *Justiça Social e Distributiva*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.51.

O indivíduo é pessoa, porque é, primeiramente, indivíduo, embora a dimensão social lhe seja constitutiva e indissociável. É nessa necessária lógica que ser pessoa é, invariavelmente, constituir a causa do Direito e não as consequências dele, uma vez mais justificando a sua precedência em relação ao Direito, ao Estado, à Constituição, ao fenômeno constitucional e ao Poder.

Por isso, a dignidade da pessoa humana pressupõe o livre desenvolvimento dessa condição, ou seja, o livre desenvolvimento dessa personalidade, e isso implica que seja exclusivamente do indivíduo a decisão de como irá conformar os seus fins; de decidir o que vai ser, como vai viver, enfim, de deter, como exclusividade, a possibilidade de escolher o seu próprio ser, o que lhe acarreta as correlatas e inarredáveis consequências nas várias esferas de repressão estatal (administrativa, civil e penal, ou seja, da menos a mais severa) de suas escolhas, segundo uma ordem axiológica de valores superiores que estão à base de suas normas de convivência, todas necessariamente centradas na pessoa humana.¹¹⁹⁶

Em face dessa primazia individual da pessoa humana, nenhuma dimensão social, grandeza dela inerente, pode retirar dela mesma o direito e o dever de eleger seus próprios fins. Logo, a solidariedade que decorre dessa dimensão social do homem e o *bem comum* que ela intenta realizar devem constituir os fins absolutos da Política, mas não podem, de modo algum, se confundir ou autorizar que o Estado ou qualquer coletividade se substitua ao homem na escolha dos fins.

Nesse contexto, segundo a ideia de que cada pessoa é portadora de uma dignidade e é, em si, uma unidade, primeiramente individual, mas, impreterivelmente, social - dada a dimensão ontologicamente social de cada ser humano -, essa unidade está necessariamente ligada a vários estratos da vida social, desde os menos complexos, como a família, até as esferas mais elevadas, como a comunidade local, o grupo, a sociedade, o Estado, a Comunidade Internacional e, enfim, a grande família humana, nas quais se realiza a dimensão social do indivíduo.

O ser humano precisa e quer uma vivência social. É esse entendimento que leva José Alfredo de Oliveira Baracho¹¹⁹⁷ a afirmar que, “*mesmo que se considerasse a possibilidade de que cada Estado, região, autonomia, Estado-membro, Município ou*

¹¹⁹⁶ Paulo Otero sustenta, com absoluta razão, que o livre desenvolvimento da personalidade afirma um princípio geral de liberdade de cada pessoa, “*constituindo, também, pressuposto de uma cláusula-geral de responsabilidade subjectiva: cada um deve assumir todas as consequências das decisões que em liberdade adoptou e gerou efeitos sobre a pessoa ou a propriedade de terceiros*” (in **Instituições Políticas e Constitucionais**, p.581.).

¹¹⁹⁷ In **O Princípio da Subsidiariedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.36.

Cidade fossem perfeitos ou autossuficientes, todos eles estariam inseridos em uma comunidade global maior, abrangente de todo o gênero humano. Nenhuma dessas comunidades é autárquica, pelo que necessitam de ajuda, associação, comunicação mútua e outras formas de colaboração recíproca, que atingem até a comunidade internacional”. Isso por uma razão muito simples: o ser humano, que é uma unidade individual, em primeira linha, mas também social em si, que só realiza as suas potencialidades humanas e desenvolve, em plenitude, a sua personalidade - a sua condição de pessoa - na sua imbricação com os outros, na sua alteridade, e com o apoio dos demais seres humanos, a principiar pelo apoio que precisa da família (tenha ela a formatação que for, uma vez que isso não está em questão neste estudo), desde o nascimento e ao longo de toda a sua existência, não apenas compreendida como uma existência simplesmente física, nem só de bem-estar que lhe suporte a subsistência, mas de valores imateriais que irão acudir a formação de sua estrutura emocional, moldar o seu caráter, e o orientar os fins a escolher.

E é o *bem comum*, como examinamos em tópico próprio, aquilo que realiza a solidariedade e liga cada unidade social às demais e assim, sucessiva e progressivamente a outros estratos sociais, dando-lhes unidade social. Em face dessa constatação é que Wambert Gomes Di Lorenzo destaca que “*o princípio da subsidiariedade, em análise global, não pode ser considerado apenas nele próprio, desde que constantemente deve estar ligado a um outro princípio que lhe é complementar: o da unidade*”¹¹⁹⁸. A condição humana afirma que estamos todos unidos uns aos outros e que o *bem comum* realiza, do primeiro ao último estrato social, os fins últimos da sociedade civil.

Como a sociabilidade de cada pessoa se manifesta em diferentes estratos da vida social, isso importa também concluir, que a própria dignidade da pessoa humana se realiza diferentemente em cada um deles, ou seja, cada um desses estratos sociais realiza uma dimensão da dignidade de cada pessoa humana, cuja conformação demanda diversos níveis de solidariedade (enquanto uma das formas de expressão ou de ser da justiça) que opera em cada um desses estratos.

Ora, se por tais perspectivas, enquanto pessoas humanas dotadas de uma igual dignidade que, para além de uma dimensão primeiramente individual, é também, e necessariamente, social, como constitutiva do homem, isso significa que estamos todos

¹¹⁹⁸ BARACHO, José Alfredo de Oliveira, in *O Princípio da Subsidiariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.6.

ligados uns aos outros, razão pela qual todas as entidades públicas e privadas se acham, como já afirmamos, vinculadas ao princípio da solidariedade, numa franca superação da dicotomia *público-privado*¹¹⁹⁹. E a pergunta que, por fim, devemos responder é em que medida isso ocorre.

Ou seja, se o fim último de nossa existência é aquele que buscamos por si só e não em razão de qualquer outra coisa, o *bem supremo* ou, se preferir, a *felicidade*, devemos dizer quem e em que medida é responsável pela sua realização ou pela construção de condições para que ela se realize.

O *bem comum* opera, como já defendemos, em vários níveis ou dimensões, sempre interligados entre si, o mesmo ocorre relativamente à solidariedade (uma, dentre outras formas de expressão de justiça), que se realiza segundo um critério ou um princípio de *subsidiariedade*, tema que anteriormente tangenciamos e que, ao fim dessa investigação, queremos e precisamos aprofundar.

Wambert Gomes Di Lorenzo¹²⁰⁰ bem define a subsidiariedade como “*um princípio de competência que expressa a autonomia própria de cada estrato social e determina que o bem comum de um não pode ser deduzido do de outro*”; o aludido autor também o explica como “*um princípio de justiça que proíbe as associações maiores de assumirem funções que podem ser realizadas eficientemente por associações menores*” e que “*o bem comum e subsidiariedade têm sua complementaridade no princípio da solidariedade, que ocorre nos mesmos níveis sociais em que o bem comum se manifesta*”.

Embora a precisão do conceito, a noção de subsidiariedade certamente não surgiu no século XXI, eis que, à evidência, se insere em um contexto histórico. A ideia em torno da subsidiariedade, como tantos outros, aflorou na Filosofia Social e Política, segundo o entendimento de pensadores de escol, como Aristóteles, São Tomás de Aquino e Johannes Althusius e, mais adiante, tal noção foi assimilada pela Doutrina Social da Igreja Católica, em especial, a partir da *Carta Encíclica Quadragésimo Ano* (1931), do Papa Pio XI, ao enunciar ser injusto retirar dos indivíduos o que eles podem

¹¹⁹⁹ A comunidade se apresenta, assim, como um espaço em que a oposição entre o Estado e o cidadão, a sociedade e o indivíduo, o Direito Público e o Direito Privado, é suprimida pela tríade Direito privado, Direito Social e Direito Público, que demanda um ordenamento jurídico capaz de realizar, em cada um de seus aspectos, seu resgate de um paradigma antropológico individualista para uma epistemologia antropológica personalista, que reclama a compreensão da pessoa em seus aspectos de singularidade e de sociabilidade.

¹²⁰⁰ In *Teoria do Estado de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2010, p.101.

efetuar com a própria iniciativa, para confiá-lo à coletividade, assim como constitui um grave dano transferir a uma sociedade maior aquilo que uma menor pode conseguir.¹²⁰¹

Portanto, a subsidiariedade, desde suas raízes até o seu reconhecimento como um princípio normativo, apresentou-se sob várias configurações, mas sempre foi um *conceito chave para entendermos a operatividade da solidariedade*, ou seja, sempre andou junto com esta, como um instrumental, a partir do qual, assente de que somos devedores uns dos outros, pela nossa sociabilidade imanente, porque isso também realiza nossa dignidade, porquanto integra aquela consciência jurídica universal em torno dos valores axiológicos superiores que definem a própria dignidade do ser humano, podemos enxergar um padrão para estabelecer quem deve, enfim, o que, a quem e em que limites.

Etimologicamente falando, segundo nos ensina Jean Marie Pontier¹²⁰², a palavra *subsídio* provém do termo latino *subsidium*, do qual deriva a palavra *subsidiarius*. O substantivo comum *subsidium* significa reforço, reserva, auxílio, socorro, ao passo que *subsidiarius* é o adjetivo que designa o que é da reserva, o que vem na retaguarda, o que é de reforço.

Convém lembrar a lição de Rafael Bielsa¹²⁰³ ao tratar dessas preposições, quando diz que a preposição latina *sub* significa "*no solo debajo, sino también después, en el sentido de orden, de lugar o de tiempo*".

José Alfredo de Oliveira Baracho¹²⁰⁴, nesse sentido, chama atenção para o fato de que existe uma "*passagem de subsidiariedade para o princípio de subsidiariedade, com mudança ou não de seu sentido. A subsidiariedade apresenta diferentes significados*."

¹²⁰¹ Apenas para registrar, Wilhelm Von Humboldt, já em 1792 (in *Os Limites da Acção do Estado*. Porto: Coleção Resjurídica, 1990, pp.28-42), preconizava uma ação estatal que permitisse aos próprios indivíduos enfrentar seus obstáculos, mas que, ao mesmo tempo, lhes desse força e habilidade para superá-los, pois, do contrário, ocorreria a debilitação da solidariedade e a paralisação do impulso da mútua ajuda que, no dizer do autor, "*actuará ao máximo quanto mais vivo for o sentimento de que tudo depende dela*", o que demonstra, para o autor, que os indivíduos, mesmo que abandonados pelo governo, estariam entre si unidos; ainda, acentou que a atuação substitutiva do Estado em relação aos indivíduos, no que respeita à liberdade, trazia um efeito negativo: o etorpecimento do desenvolvimento da individualidade, não havendo razão que autorize uma atuação desse tipo senão quando ela for absolutamente necessária; em sua percepção, só caberia ao Estado aquilo que o homem não pudesse buscar por si próprio. Entretanto, vale aqui ressaltar, em que pese o primor do raciocínio, que a atuação estatal a que se referia Von Humboldt era aquela absenteísta, pois tinha em mente que o Estado deveria se abster totalmente de velar pelo bem-estar positivo dos indivíduos. O que os indivíduos não poderiam realizar por si mesmos era a sua segurança (um bem-estar negativo), seja de ameaças do exterior, como de ofensas e lesões entre si. Daí a relevância de um atuar do Estado, incumbindo-lhe estabelecer sanções aos que violassem esse dever de respeito.

¹²⁰² *La Subsidiarité em Droit Administratif*. In *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'étranger*. Paris, v. 5, 1986, p.1516.

¹²⁰³ In *Los conceptos jurídicos y su terminología*. 3ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1987, p.123.

¹²⁰⁴ In *O Princípio da Subsidiariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, pp.24-25.

*Certas diferenças que repercutem na definição jurídica do termo apontam duas formas de compreensão bem diferentes”, como enfatiza o autor, esclarecendo que, na primeira interpretação, ela dá a ideia de *secundariedad*, pela qual algo adquire a qualidade de secundário, isto é, que não vem em primeiro plano. Noutra, ela assume a natureza de *supletividade*, apresentando-se ora como complementaridade, ora como suplementaridade.*

Como explica o autor, *“a complementaridade e a suplementaridade não são sempre dissociáveis. A suplementaridade é o que se acrescenta; entende-se que ela representa uma questão subsidiária, destinada suplementariamente a desempatar concorrentes. Em certas ocasiões, a questão subsidiária não é de todo secundária, desde que permite designar os vencedores, sendo que, na questão subsidiária, ocorre a ideia de decidir. A subsidiariedad implica, nesse aspecto, conservar a repartição entre duas categorias de atribuições, meios, órgãos que se distinguem um dos outros por suas relações entre si”*¹²⁰⁵. Daí que, a seu juízo, *“a ideia de complementaridade explica, de maneira ampla, a utilização feita em direito da noção de subsidiariedad”*.

Infere-se dessa ideia, em que pesem as diversas acepções do termo na linguagem corrente, que a subsidiariedad veicula, invariavelmente, os sentidos de auxílio, de apoio, de complemento, de algo supletivo, carregando a noção de subsídio, sem desprezar uma leitura também possível de esforço conjunto, condensando a noção de concorrência de vários entes nessa complementação e supletividade.

Embora outros pensadores tenham tangenciado a temática em torno da subsidiariedad e possam, sempre oportunamente, ser lembrados quando se fala do assunto, pela sua importância jurídica e político-social, os mais lembrados e de maior expressão são aqueles acima mencionados que, evidentemente, realizaram aproximações que mais intensamente se identificavam com o seu sentido, mas que não eram, a seu tempo, tratadas com esse nome e tampouco tinham a conotação que hoje a subsidiariedad assume.

A generalidade da doutrina, ao abordar a subsidiariedad, busca em Aristóteles o seu primeiro fundamento filosófico, justamente pela sua compreensão da sociabilidade natural do homem, e por entender, o Filósofo Grego, que os indivíduos e as sociedades humanas devem cumprir funções específicas de acordo com as suas aptidões; cada um deve realizar, na convivência social, aquilo que é capaz de fazer melhor que os outros.

¹²⁰⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira, in *O Princípio da Subsidiariedad*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.24.

Compreendendo a sociedade como algo estratificado, para o Estagirita, no corpo político, as partes, embora hierarquicamente se relacionem (as partes se ordenam ao todo), cada uma delas desempenhando o seu ofício ou função, sendo, pois, dotadas de *autonomia*, que, a seu ver, constitui a base da diversidade onde a união é conseguida pelo movimento de realização do *bem comum*.

Em outros termos, Aristóteles era convicto de que cada grupo exerce tarefas específicas e realiza suas próprias necessidades. Assim, enquanto a família empreende as atividades da vida cotidiana, do dia-a-dia, a cidade realiza ocupações mais amplas. Entretanto, somente a cidade-estado, aquele órgão que compreende como propriamente político, é competente e está capacitado para atender aos princípios da autarquia, isto é, a plena suficiência de tudo. Vale observar que essa autossuficiência era, pelo Filósofo, percebida, como sinônimo de perfeição dentro da autonomia de cada função.

Logo, em seu ideário, as associações menores não são e não podem ser absorvidas pela vida autárquica, mesmo que se reconheça a necessidade da existência de grupos mais vastos ou abrangentes para executar determinadas tarefas, porquanto, o indivíduo, isoladamente, é um ser incapaz de suprir todas as suas necessidades, mas perfeitamente capaz de assumir algumas delas condizentes com a sua função.

Veja-se que, sem prejuízo das críticas que fizemos em sua concepção estratificada do ser humano, aqui se pode afimar que Aristóteles formula uma primeira expressão da subsidiariedade, embora não com esse nome, com uma noção de supletiva, em que a cidade-estado reconhecesse a cada ser humano uma dignidade e permitisse a cada homem realizar os seus fins. Isso acontece porque, para o Estagirita, a sociedade civil não é uma associação prática, no sentido de que as pessoas se unem apenas para aquilo que sozinhas não conseguiriam, como a segurança ou a riqueza. Faz parte da natureza humana, do homem, esse composto de corpo e espírito, o querer viver com os outros.

Tanto era assim que, na visão aristotélica, a *cidade* era a comunidade política que o Estagirita julgava de maior relevo ou importância¹²⁰⁶: “*a polis é o fim (o temos) e a causa final da associação humana. Uma forma especial de amizade, concórdia, constitui seu alicerce*”.¹²⁰⁷

¹²⁰⁶ “Na ordem natural, o Estado antepõe-se à família e a cada indivíduo, visto que o todo deve, obrigatoriamente, ser posto antes da parte” (Aristóteles, in *Política*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Clarêt, 2004, p.14). Logo, na ordem natural, a cidade precedência sobre cada grupo, sobre a família e sobre o próprio indivíduo.

¹²⁰⁷ Aristóteles, in *Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Clarêt, 2003, p.14.

Por isso, em seus ensinamentos, destacava que quando o poder político passa a dirigir tudo, comprimindo a vida cotidiana dos cidadãos, ele atua além de suas insuficiências, agindo como déspota, administrando em lugar de governar. É nesse sentido que a boa política, como *governo*, supõe o respeito às autonomias.

Também é nessa linha de raciocínio, como nos lembra Chantal Millon-Delsol¹²⁰⁸, que, na visão aristotélica, as sociedades compunham-se de grupos superpostos, “*cada um com suas necessidades e seus fins específicos, que devem ser alcançados por eles mesmos, tanto quanto possível. Cada grupo deve ser suficiente para sobreviver e atuar no domínio de suas atividades próprias. No entanto, o indivíduo e as coletividades menores não são suficientes por si sós. Essa insuficiência é que legitima a atuação do escalão superior*”.

Pensando assim, mais do que suprir insuficiências, o intuito de organização das sociedades em grupos escalonados, estratificados, até a *polis*, o estrato social mais importante, tinha o objetivo de alcançar a felicidade que, individualmente, era impossível de ser atingida.

Portanto, o Filósofo não tinha em mente uma associação meramente utilitarista para atender ou suprir objetivos particulares, mas uma organização que viabilizasse ou em que se atingisse o *bem comum*, uma comunidade política em que se pudesse, ao fim e ao cabo, no todo, chegar à felicidade, sem, contudo, legitimar que se anulasse a liberdade e a capacidade das esferas organizacionais inferiores de agirem no âmbito em que eram suficientes para tanto, segundo as suas funções.

Uma tal intromissão, na visão aristotélica, se admitida, “*tornaria o poder político despótico, além de transformar o cidadão em escravo*”, como observou Chantal Millon-Delsol¹²⁰⁹. Daí a postura aristotélica de restringir a atuação da *polis* aos campos da defesa, da ordem pública, da justiça, das finanças públicas e do culto, como enfatiza Ângelo Rinella.¹²¹⁰

A noção de *subsidiariedade* estava bem nítida no pensamento de Aristóteles. Mas em São Tomás de Aquino, muito especialmente em razão do desenvolvimento, pelo Cristianismo, do conceito de *pessoa* - que, em tópico próprio discorreremos e referimos como um de seus maiores contributos para a humanidade -, a lógica aristotélica se

¹²⁰⁸ In *Le Principe de Subsidiarité*. Paris: Press Universitaires de France, 1993, pp.9-10.

¹²⁰⁹ In *Le Principe de Subsidiarité*. Paris: Press Universitaires de France, 1993, p.11.

¹²¹⁰ *Il Principio di Sussidiarietà: Definizioni, Confrontazioni e Modello d'Analisi*. In: RINELLA, Angelo; COEN, Leopoldo; SCARCIGLIA, Roberto (Orgs.). *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali: esperienze a confronto*. Padova: CEDAM, 1999, p.9.

inverte, justamente porque, na visão do Aquinatense, se verifica a primazia da pessoa na construção dos fins últimos de qualquer sociedade política.

Buscando uma base filosófica sólida para a Teologia, tentando superar as contradições entre fé e razão, ou, em outra formulação, explicar a fé por meio da razão, São Tomás de Aquino irá substituir a ideia aristotélica de *cidadão* justamente pela noção cristã de *pessoa*, preconizando que, pelo fato de nela existir uma natureza racional, ela é o que de mais perfeito existe na ordem humana e, por isso mesmo, deve ser considerada como portadora de um valor inalienável (sua dignidade) muito superior à sociedade.

São Tomás de Aquino, em seus desenvolvimentos filosóficos, descreve a sociedade segundo uma série de círculos concêntricos que no seu imaginário representam, numa progressão, a pessoa, a família, os bairros, as cidades, as associações de cidades e o Estado. Os círculos coexistem e em cada um deles, cada pessoa sempre se acha inserida, da menor à maior amplitude circular, como, aliás, defendeu o personalismo de Jacques Maritain, postura da qual divergimos por ocasião da abordagem específica em torno do *bem comum*.

Veja-se, por conseguinte, ainda na visão do Aquinatense, que, embora essa organização que compreende como sociedade tenda ao princípio da totalidade, razão pela qual compreendeu a pessoa como inseparável dela, inclusive porque essa vivência social lhe propicia sobrevivência e desenvolvimento, ela tem em seu vértice a pessoa humana, ou seja, é a pessoa humana que se encontra no centro dessa organização social, do início ao fim; porém, como vimos, seu fundamento último é divino (os homens têm uma descendência comum, em Deus, sendo Cristo a sua personificação, e são todos feitos à imagem e à semelhança do Criador, devendo-lhe obediência como ao Estado, em última instância, subjugado ao poder da Igreja), cumprindo ao Estado definí-los quantos aos bens materiais, e à Igreja, quanto aos fins sobrenaturais.

E, nessa descrição Aquinatense de sociedade, a partir de círculos concêntricos que vão do cerne às demais instâncias, em progressão, sempre está garantida a *prevalência* da coletividade de menor amplitude relativamente àquela que lhe sucede.

Na visão do Filósofo em tela, o ser humano, em qualquer hipótese, pela sua condição de *pessoa*, conservava a sua individualidade, de sorte que a sociedade não representava uma totalidade que se pudesse afirmar absoluta; antes, a sociedade constituía uma totalidade acidental, pois, se a sociedade fosse uma unidade em essência

(aquilo que é irreduzível), não seria possível que cada ser humano fosse entendido como uma de suas partes (não haveria partes, já que se teria chegado ao máximo da redução).

Desse modo, para São Tomás de Aquino, a unidade de uma sociedade não é a unidade de seus componentes, mas a do fim comum a todos eles. É a unidade do *bem comum* que institui formalmente a sociedade; o que une, como dito alhures, os diversos estratos sociais. Nessa perspectiva, “o *bem comum* não se identifica com o *bem do Estado*”, como bem observa José Alfredo de Oliveira Baracho¹²¹¹, e muito menos com o *interesse público*.

E por compreender que é justamente a *unidade do bem comum* aquilo que formalmente institui a sociedade e lhe dá unidade (unifica) é que o Aquinatense não a concebe como uma simples justaposição de indivíduos isolados. A *sociedade se forma como um todo orgânico*; nela, cada pessoa, em razão de sua racionalidade, orienta suas ações para um fim preciso e desempenha um determinado papel.

Entretanto, mesmo livre, nessa orientação, como *responsável pelo seu próprio destino*, a pessoa segue sendo *insuficiente* para, *sozinha*, atingir a sua felicidade porque, como Aristóteles, compreende a natureza social do homem; uma sociabilidade inata como condição impostergável para a realização de sua condição de pessoa, para o desenvolvimento de sua personalidade; como uma dimensão de sua própria dignidade.

Em sua percepção, os homens se reúnem para alcançar os seus objetivos e para viverem melhor, porquanto compreendem a necessidade de *um fim comum* (um fim último) que subordina e dirige suas ações na consecução do *bem comum*, para o que compreende imprescindíveis quatro virtudes cardeais, a saber: *a prudência, a força, a temperança e a justiça* (que, a seu ver, ordena os homens na sua relação com outrem, compreendendo que, *quem serve a uma comunidade, serve a todos os indivíduos nela contidos*, de modo que, *qualquer bem da parte se ordena ao bem do todo*, já que define a sociedade a partir dos círculos concêntricos).

Note-se, pelo exposto, que São Tomás de Aquino tem um conceito diferente do de Aristóteles em termos de *autonomia*. Esta não diz, como na exata compreensão aristotélica, com uma escolha pessoal de fins últimos; ao revés, ela se vincula ao princípio da totalidade. Retomando sua definição de círculos concêntricos, o Aquinatense entende que *se justifica a interferência de uma autoridade ou de uma esfera superior em casos de insuficiência ou de incapacidade* de a pessoa individual ou

¹²¹¹ Lembrando, inclusive, de múltiplas situações em que o próprio Estado assume o papel de empresário (In *O Princípio da Subsidiariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.8.)

coletiva não cumprir as suas respectivas funções, na medida em que os fins particulares de cada uma *se integram na finalidade do corpo social*, resolvendo, assim, o paradoxo da *autonomia* e a busca do *bem comum*, garantindo, além disso, a dignidade da pessoa humana e promovendo a solidariedade.¹²¹²

Aqui também, sem prejuízo das críticas que já fizemos por ocasião de abordar a concepção aquinatense de *bem comum*, aparece bem nitidamente o princípio da subsidiariedade. O pensamento de São Tomás de Aquino, nesse sentido, remete, igualmente, a uma reorganização do espaço público e privado que não está de acordo com uma dicotomização entre Estado e Sociedade, pois, ao integrar a pessoa em todas as esferas dos círculos concêntricos (objeto de nossas críticas), observa-se que sua ideia envolve um processo ou um suposto propósito (ainda que equivocado a nosso juízo) de valorização da pessoa humana na obtenção ou realização do *bem comum*.

É disso que fala o Aquinatense quando, em sua Suma Teológica, afirma que “*nós nos tornamos obrigados para com os outros, segundo a excelência diversa deles e os benefícios diversos que nos fizeram*”¹²¹³, preconizando que, depois de Deus, somos obrigados, sobretudo, aos pais e à Pátria, sendo que o culto à Pátria abrange o prestado a todos os cidadãos e a todos os amigos dela.

Importante é reter, para efeitos de análise do princípio da subsidiariedade que, dada a sua definição da sociedade na forma de círculos concêntricos, e a centralidade da pessoa humana que preconiza nesse quadro (que, em efeito, reduz a dimensão individual e confere primazia à sua dimensão social), São Tomás de Aquino contribui para o aprimoramento do princípio da subsidiariedade, mesmo de forma equivocada de ler a dignidade da pessoa humana, ao conferir primazia das unidades menores a partir da pessoa humana (individualmente) perspectivada, em relação às maiores, como parâmetro de sua realização.

Tais pensadores, ao teorizarem sobre a solidariedade, sem embargo de todas as críticas que fomos fazendo ao longo de todo o processo de afirmação da solidariedade que coincide com o processo de afirmação do próprio homem e de sua dignidade, nos trouxeram importante contribuição, falando da *subsidiariedade* como o método de aplicação de *Justiça Social*¹²¹⁴ e de *Justiça Distributiva*.

¹²¹² Fato semelhante ocorre no corpo humano. Ilustrativamente, se alguma região do cérebro sofrer alguma lesão em dada medida, há uma tendência de uma reorganização do todo, por meio das células nervosas, para suprir as deficiências da parte lesada.

¹²¹³ Suma Teológica, 2ª. parte da 2ª. parte, questão qq, art. 1º, v. VI, p. 2820.

¹²¹⁴ Em obra que acentua as implicações do princípio da subsidiariedade na questão do federalismo, José Alfredo de Oliveira Baracho (in *O Princípio da Subsidiariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.19),

Porém, sem prejuízo dessas ideias, também Johannes Althusius colaborou de maneira significativa nessa construção notadamente no que respeita à *Justiça Distributiva*, em que pese sua concepção *orgânica* de sociedade, e não como algo constitutivo do homem e de sua dignidade intrínseca.

Para o autor, as pessoas se associam em um certo corpo público - que designamos comunidade - para suprir, fornecer ou receber o que lhes falta; é assim que todas as pessoas, mediante *mútua ajuda*, se doam, empenhando-se em prol do bem estar e da satisfação das necessidades desse mesmo corpo público¹²¹⁵, sendo esta, a seu ver, desde os primórdios, a origem das primeiras aldeias até as comunidades territoriais.

Compreendendo, o autor alemão, o próprio Estado como uma comunidade orgânica, formada por uma multiplicidade de associações que se articulam segundo uma lógica que vai do individual para o universal, formando-se, pois, da base ao topo, também preconiza a primazia das coletividades menores sobre as maiores, segundo uma noção *subsidiária*.

Para Johannes Althusius¹²¹⁶ “a sociedade humana se desenvolve da associação privada para a pública por intermédio de progressões e passos definidos das pequenas sociedades”, no que o autor identifica uma expansão progressiva das associações privadas para as públicas.

Conforme o aludido jurista, as associações públicas se distinguem das privadas por terem aquelas jurisdição sobre um determinado território, podendo, à sua vez, serem particulares (como as cidades e as províncias) ou universais, estas as únicas detentoras de soberania, nada se reconhecendo de superior a elas em seu território.

nesse exato contexto de justiça social, sustenta que, “nas preocupações federativas, o governo local, assumindo grandes projeções, desde a sua efetivação, na estrutura de quadros políticos, administrativos e econômicos que se projetam na globalidade dos entes da Federação. No exercício de suas atribuições, o governo das entidades federativas poderá promover ações que devem, pelo menos, mitigar a desigualdade social, criar condições de desenvolvimento e qualidade de vida. A administração pública de qualidade, comprometida com as necessidades sociais e aberta à participação solidária da sociedade, pode melhorar as entidades federativas e os municípios. A partir desse nível, concretiza-se, necessariamente, a efetivação dos direitos humanos. A descentralização, deverá ser estímulo às liberdades, à criatividade, às iniciativas e à vitalidade das diversas legalidades, impulsionando novo tipo de crescimento e melhoras sociais. As burocracias centrais, de tendências autoritárias, opõem-se, muitas vezes, às medidas descentralizadoras, contrariando as atribuições da sociedade e dos governos locais. O melhor clima das relações entre os cidadãos e autoridades deve iniciar-se nos municípios, tendo em vista o reconhecimento recíproco, facilitando o diagnóstico dos problemas sociais e a participação motivada e responsável dos grupos sociais na solução dos problemas gerando confiança e credibilidade.

1215 ALTHUSIUS, Johannes. *Política*. Tradução de Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003, p.112.

1216 ALTHUSIUS, Johannes. *Política*. Tradução de Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003, p.121.

Mas o poder soberano, a seu ver, não pode ser atribuído ao rei ou aos homens que detêm os cargos mais poderosos no reino; antes, ao corpo organizado da comunidade, se-lhes impondo reconhecer a própria comunidade como superior, pois é ela que lhes concede toda autoridade: o rei e os homens que detêm os cargos mais poderosos no reino representam a comunidade¹²¹⁷. É nesta que reside a real soberania.

O autor em tela, em que pese não reconhecer a dimensão social como algo imanente e constitutivo do homem e de sua dignidade, tampouco de ver que é nela que reside a real soberania, apresenta, de qualquer modo, uma teoria para a construção de uma forma de governo consubstanciada numa associação política estabelecida por cidadãos, mas, sobretudo, estruturada no consentimento, em oposição a um Estado materializado e imposto por um mandante ou uma elite deles.

E, como o autor desenvolve uma teoria que sintetiza uma ideia de blocos ou células de autogoverno, desde as comunidades inferiores até as comunidades universais, cada qual organizada em si, mas vinculadas umas às outras em seus desenvolvimentos, faz despertar o *federalismo* pré-moderno¹²¹⁸, daí advindo sua substancial contribuição para a *subsidiariedade*: a ideia de que, organizadas as sociedades, em blocos ou células de autogoverno desde as comunidades inferiores, defende que eles detenham autonomia no que respeita a subsidiar os seus integrantes, ao mesmo tempo em que seriam suscetíveis de serem subsidiadas, em suas insuficiências ou incapacidades, por blocos ou células de comunidades superiores.

Examinada sob os diversos enfoques filosóficos até aqui desenvolvidos, nessa perspectiva de comunidades que, a partir da proposição de realizarem o *bem comum*, se unificam, estendendo-se progressivamente, de modo a constituir uma totalidade por ele vinculada, a subsidiariedade determina, antes de tudo, que a intervenção de uma ordem de maior amplitude somente se mostra legítima para aplacar as insuficiências, suplementar as incapacidades e suprir as carências, seja das pessoas individualizadas,

¹²¹⁷ ALTHUSIUS, Johannes. *Política*. Tradução de Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003, p.183.

¹²¹⁸ De fato, essa ideia se apresenta muito atual. Na política, dentro de um contexto de descentralização do poder, ao escólio de José Alfredo de Oliveira Baracho ((in *O Princípio da Subsidiariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.32), o princípio da solidariedade tem contornos que foram definidos em várias épocas, salientando que Robespierre, em seu discurso na Convenção Nacional que antecedeu a primeira Constituição francesa (ROBESPIERRE, Maximilien François Marie Isidore de. *Discours sur La Constitution*. Convention Nationale, Sessão de 10.05.1793, Moniteur Universal, 13.05.1793.), já sinalizava para a necessidade de afastar a ideia de *muito governar*, o que se inseria na compreensão, numa espécie de repartição de competências, de que era preciso deixar aos indivíduos e às famílias o direito de autorregulação, como de resto, às próprias comunidades, em tudo aquilo que não fosse essencial à República, transferindo-se ou delegando-se às coletividades aqueles poderes que elas têm a capacidade de exercer.

seja das comunidades de menor abrangência, partindo do pressuposto de que, sendo elas livres e responsáveis pelo seu destino, são, ao mesmo tempo, insuficientes, para, sozinhas, atingirem seus objetivos, bem assim o seu pleno desenvolvimento.

Verifica-se, então, que a *subsidiariedade* aí envolve uma tensão dialética entre duas realidades: a autonomia de cada unidade (ou esfera) e a legitimidade da intervenção (como faculdade ou obrigatoriedade) da autoridade de maior âmbito numa ordem inferior, dentro da ideia dos círculos concêntricos que, não obstante, ainda não enxerga a própria pessoa como um primeiro estrato social (individual, com primazia, mas, com uma dimensão social).

De qualquer sorte, a ideia é válida por formular uma postura segundo a qual é possível afirmar que a *subsidiariedade* traz consigo a ideia de um Estado, onde ela, além de exercer uma função instrumental da liberdade, ao mesmo tempo proíbe a absorção da pessoa, exigindo autorresponsabilidade e responsabilidade pelo próximo e que a liberdade, como garantia dessa mesma liberdade, além de representar uma exigência de uma atuação efetiva de um estrato social mais abrangente para que forneça apoio, auxílio, ajuda, na consecução do *bem comum* que aquela de menor extensão não consegue, por si, de modo eficiente realizar.

Como se vê, numa proposta de *Justiça Distributiva* e de *Justiça Social*, que implicam a realização da solidariedade por meio do *bem comum* que ganha concretude com deveres, sua operatividade, segundo o princípio da subsidiariedade, *desautoriza o Estado absentéista*, alheio ao que ocorre dos demais estratos sociais, dicotomizado da sociedade, *do mesmo modo que repudia o Estado paternalista* (ou o “Estado-Zorro”, para usar uma expressão de Paulo Otero), que, por ser exageradamente pretensioso, o “todo-poderoso” marginaliza a sociedade, desestimula iniciativas privadas e reduz o homem de sua capacidade; de sua autorresponsabilidade; de sua responsabilidade comunitária e, por conseguinte, lhe subtrai a dignidade.

Os vários estratos sociais devem ser compreendidos a partir do próprio homem, pela racionalidade e autonomia que lhes são inerentes devem conduzir-se na busca das condições de realização de seus fins, cujo conteúdo não é suscetível de colmatação por qualquer estrato social de maior dimensão.

É por isso, e dentro dessa mesma ideia, que José Alfredo de Oliveira Baracho¹²¹⁹ sustenta, acertadamente, que “*nem sempre compete ao Estado transformar a sociedade. Para tal, é preciso dessacralizar a Política. Nem sempre o sufrágio universal consagra*

¹²¹⁹ In *O Princípio da Subsidiariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, pp.4-5.

o direito de mudar a sociedade. O novo projeto de sociedade contemporânea deve afastar-se dos mitos, ultrapassados, de decadentes formas ideológicas da direita e da esquerda. Essas orientações conduzem à lógica estatal, corporativista e burocrática, esquecendo-se do tratamento prático e concreto das questões sociais e econômicas”.

A ideia que o princípio da subsidiariedade, no propósito de realizar a solidariedade, (enquanto uma forma de expressão da Justiça, no caso, de *Justiça Distributiva* e de *Justiça Social*) - que se concretiza com os deveres - quer, nesse sentido, transmitir, é a de que o Estado, em algumas circunstâncias, é necessário e imprescindível e deve atuar como primeiro garante dos direitos humanos e, nesse sentido, da solidariedade; noutras, ele só pode agir supletivamente, sem prejuízo daqueles espaços em que é mesmo insuscetível dele adentrar, pois, dizem respeito exclusivamente ao indivíduo e à sua esfera privada, o que, de certo modo, nos propõe questionar o conceito de *pluralismo*, não apenas como uma maneira para afirmar a liberdade de opinião e de crença; como um mundo assinalado pela diversidade e pela liberdade, ou mesmo pelas diferenças, mas com uma ideia de *equilíbrio* de múltiplas tensões entre os vários estratos sociais; um equilíbrio plural de forças que integram uma sociedade, não raro, elas próprias rivais ou cúmplices, conforme se apresentar cada situação, onde os interesses de um estrato social necessariamente não colidem com os do outro, podendo-se inclusive afirmar que coexistem em nome de uma unidade (*bem comum*).

Por tudo o que já foi dito sobre o princípio da subsidiariedade, na conformação da solidariedade ou, se quiser, como mecanismo destinado à sua efetividade e equilíbrio, bem poderia perguntar se: *pode* ou *deve* uma ordem maior intervir em uma ordem inferior? Em caso positivo, em que circunstâncias tal intervenção se torna legítima ou ilegítima e quando ela se impõe?

Aqui, pode-se observar que a subsidiariedade, dentro de uma ambiência de solidariedade e de respeito para com a dignidade do outro, de todos e de cada um, comporta duas dimensões, uma *negativa* e outra *positiva*, representando, respectivamente, o dever de não intervenção e a obrigação de efetivamente intervir.

Em outra formulação, a dimensão negativa da subsidiariedade determina o dever de a ordem maior não interferir ou mesmo de se abster quando estiver ao alcance de uma ordem inferior suprir suas necessidades; já a dimensão positiva da subsidiariedade impõe à ordem de maior abrangência a obrigação, o dever, de subsidiar, de auxiliar uma

ordem menor, quando esta, sozinha, não conseguir alcançar os bens que lhe são necessários, por insuficiência ou incapacidade.¹²²⁰

É nessa perspectiva que, segundo o magistério de Wambert Gomes Di Lorenzo¹²²¹, “a democracia personalista utiliza como critério de distribuição das tarefas empreendedoras do bem comum o princípio de subsidiariedade. A subsidiariedade afirma a não interferência de uma ordem superior sobre uma ordem inferior. Opõe-se aos coletivismos, traçando os limites da intervenção da comunidade política, mas recusa o individualismo, já que a dignidade da pessoa humana não pode ser realizada pelo indivíduo isolado”. Por outro lado, ainda conforme o Mestre gaúcho, “o princípio da subsidiariedade obriga a ordem superior a agir, subsidiando as ordens que lhe são inferiores em suas necessidades”.

A dimensão negativa da subsidiariedade traz intrínseca a noção de *limite* (um freio) à intervenção de uma ordem superior, porque impede que uma autoridade ou uma coletividade mais ampla possam obstar um grupo de pessoas ou uma coletividade menos abrangente de conduzirem suas próprias ações; antes, essa dimensão ordena um dever de abstenção de agir nos domínios em que uma coletividade de menor abertura seja autossuficiente ou, dito de outro modo, tenha capacidade suficiente para atuar de modo eficiente. Nesse contexto se insere a solidariedade institucional, encarada do ponto de vista do aparelho estatal, considerando a repartição de competências entre os diversos órgãos, entidades e instituições que integram o Estado, como aquela existente entre o Estado, os grupos intermédios e o indivíduo.

Em outros termos, a dimensão negativa da solidariedade refuta a ideia de um “Estado-Zorro” como necessariamente o primeiro “garante” de todas as insuficiências ou incapacidades de esferas sociais de menor amplitude. Não cabe a ele ditar aos estratos sociais menos amplos, como no imaginário de Tomás Morus, em sua *Ilha da Utopia*, o conceito e o conteúdo de felicidade, de eudaimonia ou de dignidade, nem estabelecer de que modo esses estratos vão se organizar para a satisfação de suas necessidades.

¹²²⁰ Pensamos que essa era a ideia de Jean-François Revel, quando disse: “Eu acho que nós deveríamos tentar um individualismo moderno. Eu acho que há lugar para tentar-se uma sociedade que seja uma sociedade de direito, justa do ponto de vista social, onde cada vez menos será uma minoria que decide em nome dos outros, quer se trate de um partido político, um ditador, um regime totalitário, uma Igreja ou sejam tudo aquilo a tornar indivíduos autômatos” (*O Estado e o Indivíduo*, conferência pronunciada na Federação do Comércio do Estado de São Paulo, SESC-SENAC. In *Biblioteca “Desafio da Transição”*, 1985, p.22).

¹²²¹ In *Teoria do Estado de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2010, p.102.

Isso porque os homens, como os gregos já haviam observado e como sinalizou Robert Nozick¹²²², “*diferem em temperamento, interesses, capacidade intelectual, aspirações, inclinações naturais, anseios espirituais e modo de vida. Divergem nos valores que aceitam e usam pesos diferentes para aqueles que compartilham (desejam viver em climas diferentes - alguns nas montanhas e outros nas planícies, desertos, beira-mar, cidades grandes e pequenas). Não há razões para pensar que haja uma única comunidade que sirva como ideal para todas as pessoas e há muitas para pensar que não existem*”. O princípio da subsidiariedade impõe que tais diferenças - porque cada ser humano é único, irrepetível e insubstituível - sejam respeitadas e não invadidas por nenhuma esfera da vida social em relação à de menor amplitude, qual seja, ela própria, a pessoa humana.

O Estado que subsidia quem ou aqueles que não necessitam de auxílio ou que se substitui às demais esferas sociais na realização de seus fins nega a dignidade da pessoa, pois dela subtrai o reconhecimento de sua racionalidade, de sua liberdade e de sua capacidade de autodeterminação em relação ao seu próprio destino, é dizer, do desenvolvimento da personalidade de cada um, segundo definido por cada pessoa. Tal Estado não poderia ser designado como *Estado do Bem Estar* ou *Estado Providência*, mas *Estado de Asfixia*, porque suprime a autonomia do ser humano e não permite o desenvolvimento da personalidade de cada um, aniquilando a liberdade, o livre arbítrio, conceitos indissociáveis de responsabilidade.

Mas, ao contrário, a *dimensão positiva da subsidiariedade* (como um acelerador) opera como um *dever* e ao mesmo tempo como uma justificação, para que uma autoridade superior aja em prol do *bem comum*, seja por meio de estímulo, seja por meio de suplemento, apoio ou mesmo substituição, naquilo em que a instância inferior se mostrar insuficiente ou incapaz de alcançar por si ou isoladamente.

Daí a importância de a finalidade de uma coletividade - que não o próprio indivíduo visto segundo uma dimensão individual e secundariamente social, porque este tem a primazia de eleger seus fins, de modo que o apoio só pode ser pensado em termos de meios, e não de fins - de maior amplitude ser a mesma (os fins últimos, o *bem comum* podem aí se unificar) das comunidades de menor amplitude, na medida em que estas naquelas se integram, dando-se aí a conciliação entre a liberdade e o *bem comum*, entre a autonomia e a responsabilidade.

¹²²² In *Anarquia, Estado e Utopia*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991, p.335.

Isso quer precisamente significar que, segundo a dimensão negativa da subsidiariedade, numa visão bem ampla, a Comunidade Internacional não deve interferir ou subsidiar cada Estado Nacional, salvo se houver uma necessidade de auxílio que justifique uma intervenção. Idêntico raciocínio vale para as relações entre as Comunidades Políticas, entre cada uma delas e as sociedades menores, as comunidades, os grupos intermédios, as famílias e o indivíduo. Estas, livres para definirem os seus fins, irão se estruturar e fazer escolhas tendentes a realizar o *bem comum* de cada esfera.

Por outro lado, a dimensão positiva da subsidiariedade ordena e exige, em caminho inverso, que, em havendo *insuficiência* ou *incapacidade* para alcançar aquelas condições de uma existência digna, que um estrato social superior atue, em efetivo, subsidiando, regressivamente, cada estrato social de menor abrangência, o que, em nossa leitura, não traduz uma proposta de ausência de Estado, nem de Estado mínimo ou de uma simples postura de mais sociedade e menos Estado; antes de um modelo estatal que, respeitando a dignidade da pessoa humana, estimula a autorregulação, autorresponsabilidade e a responsabilidade comunitária em cada estrato social, bem como a participação de cada pessoa na solução dos problemas de sua esfera social, como na formação de políticas públicas de realização do *bem comum* nela buscado, deixando o dirigismo estatal como um suporte, uma garantia, um esteio de auxílio no desenvolvimento da liberdade de cada um na realização de seus fins. Em uma palavra: o último garante, mas sempre, invariavelmente, das condições necessárias à realização da dignidade de todos e de cada um, no apoio ao desenvolvimento da personalidade de cada ser humano, livre para escolhas, mas invariavelmente vinculado às consequências.

Pode-se dizer que a subsidiariedade elabora a síntese necessária da *Justiça Social* e da *Justiça Distributiva*, pois ela permite compreender a extensão da responsabilidade de cada um em relação a si mesmo, bem como nas suas relações com os outros e com o todo, assim como assinala do dever de *Justiça Distributiva* do todo em relação às partes. Ela opera, também, como uma *mediadora* da Solidariedade entre o Estado e Sociedade, entre o *público* e o *privado*, fazendo ver que se trata de dois momentos necessários, distintos e interdependentes da vida da pessoa humana e da mesma dignidade, ou seja, de um Estado de Direitos Humanos que também se concretiza por meio do Estado de Solidariedade.

Enquanto princípio filosófico, a subsidiariedade foi muito bem assimilada, em face do Cristianismo, pela Doutrina Social da Igreja Católica, em especial, como já anteriormente referimos, a partir do século XIX, com os sucessivos desenvolvimentos

das Cartas Encíclicas, notadamente a partir da *Rerum Novarum* (1891), do Papa Leão XIII, que constitui um verdadeiro marco da intervenção da Igreja em assuntos sociopolíticos em razão da questão social que, à época, já borbilhava sem solução, em cujo contexto estava estabelecida uma crise de inenarráveis proporções, em que as desigualdades sociais e econômicas - que conduziram a imensa maioria da humanidade à condição de miseráveis - eram, pelo Clero, atribuídas ao liberalismo econômico e à total desproteção dos trabalhadores, tanto em termos jurídicos quanto em termos de organização.

Nesse quadro de realidade, a Igreja passou a clamar pela intervenção do Estado em favor das desigualdades sociais e na proteção dos trabalhadores que necessitavam de assistência e amparo contra o capitalismo irrestrito, consciente de que a “mão invisível” do mercado imaginada por *Adam Smith* mostrou-se insuficiente e falaciosa na solução de tais problemas.

Por isso, pode-se afirmar, como bem observa Omar Serva Maciel¹²²³, que a subsidiariedade é largamente tributária, em sua origem, do Direito Canônico vigente, destarte, para fora dos muros do Vaticano, ou seja, para todos os que professam a fé católica, sendo nele, em face dos valores cristãos por ela preconizados, que podemos encontrar muitos dos fundamentos da subsidiariedade.

Isso porque, como justifica o mesmo autor, “os valores cristãos apontam o homem como o centro e a própria razão de ser da vida societária. Pensá-lo é, antes de mais nada, reconhecer que os embates ideológicos e a ontologização do Estado só se legitimam quando não perdem a dimensão humana”.¹²²⁴

E a Doutrina Social da Igreja, registre-se, ao contrário do que possa parecer, nunca se empenhou em prol do *paternalismo*. É dizer, mesmo na sua investida em assuntos sociopolíticos; mesmo com o demérito de ter desenvolvido o conceito de “pessoa” com uma dignidade inviolável, portando-se de maneira absolutamente contraditória na Inquisição; mesmo considerando que não colocou a pessoa e a sua dignidade como fundamento e fins de tudo o que existe, a Doutrina Social da Igreja nunca propôs uma atuação estatal que fosse além de cada problema pontual, ou seja, continuamente incentivou uma atuação limitada e nada que fosse além do necessário para afastar o mal

¹²²³ In *Princípio de Subsidiariedade e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2004, p.23.

¹²²⁴ In *Princípio de Subsidiariedade e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2004, p.23.

e remover o dano, adotando, assim, claramente, o princípio da subsidiariedade que, bem de ver, não se confunde com uma postura de substituição.

É assim que o Papa Leão XIII, ao mesmo tempo em que combateu o liberalismo, se opôs às doutrinas e ideologias coletivistas, pugnando pela autonomia do indivíduo e pelo pluralismo da vida social, adotando, desse modo, a subsidiariedade como um dos pilares ou fundamentos de sua doutrina.

Na *Carta Encíclica Rerum Novarum*, encontraremos a afirmação da *precedência* da pessoa e da família relativamente ao Estado, sendo que a intervenção estatal na esfera pessoal e familiar somente se legitimava para efeitos de prevenir danos, assegurar o *bem comum* e como apoio àqueles que têm necessidade.

Embora a palavra *subsidiariedade* sequer apareça no texto da aludida Carta Encíclica, ela dispõe expressamente: “(...) *Querer, pois, que o poder civil invada arbitrariamente o santuário da família, é um erro grave e funesto. Certamente, se existe algures uma família que se encontra numa situação desesperada e que faça esforços vãos para sair dela, é justo que, em tais extremos, o poder público venha em seu auxílio, porque cada família é um membro da sociedade. Da mesma forma, se existe um lar doméstico que seja teatro de graves violações dos direitos mútuos, que o poder público intervenha para restituir a cada um os seus direitos. Não é isso usurpar as atribuições dos cidadãos, mas fortalecer os seus direitos, protegê-los e defendê-los como convém. Todavia, a ação daqueles que exercem o governo público não deve ir mais além; a natureza proíbe-lhes ultrapassar esses limites. A autoridade paterna não pode ser abolida, nem absorvida pelo Estado, porque ela tem uma origem comum com a vida humana (...).*”¹²²⁵

Mostra-se evidente, nessa passagem, uma tensão entre as dimensões negativa e positiva da subsidiariedade; por outro lado, essa tensão demonstra, igualmente, a função de *equilíbrio* que o princípio da subsidiariedade exerce e o papel jurídico e político-social que ele realiza, notadamente na conformação do princípio da solidariedade, como uma forma particular de realização da justiça, seja como *Justiça Distributiva* (nas relações do todo com as partes) e de *Justiça Social* (nas relações das partes com o todo e das partes entre si).

Mas veja-se que passados 40 anos da *Carta Encíclica Rerum Novarum* (que clamava pela intervenção do Estado em face dos excessos do liberalismo) e, portanto,

¹²²⁵ Leão XIII. *Carta Encíclica Rerum Novarum*, 1891, § 6º, disponível em http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html. Acesso em 13-04-2013.

em outro momento histórico, em face de circunstâncias sociopolíticas que já se mostravam bem diferentes daquelas do século anterior, em decorrência da ascendência e da instauração de regimes arbitrários (nazismo, fascismo, comunismo etc.), o Papa Pio XI, na *Carta Encíclica Quadragésimo Anno* (1931), adota uma postura mais consentânea da dimensão negativa da subsidiariedade - sem, igualmente empregar, propriamente, essa expressão -, para enfatizar a atuação *supletiva* dos poderes públicos e os limites de intervenção, propondo, quanto à restauração da ordem social: “(...) *Verdade é, e a história o demonstra abundantemente, que, devido à mudança de condições, só as grandes sociedades podem hoje levar a efeito o que antes podiam até mesmo as pequenas; permanece contudo imutável aquele solene princípio da filosofia social: assim como é injusto subtrair aos indivíduos o que eles podem efetuar, do mesmo modo passar para uma sociedade maior e mais elevada o que sociedades menores e inferiores podiam conseguir, é uma injustiça, um grande dano e perturbação da boa ordem social. O fim natural da sociedade e da sua ação é coadjuvar os seus membros, não destruí-los nem absorvê-los*”.¹²²⁶

Pode-se bem compreender essa postura que, literalmente, condenava a supressão da autonomia das coletividades e dos agrupamentos menores pela ingerência estatal: ao final dos anos 20, o Papa Pio XI se defrontava com uma Europa dividida e destroçada pela Primeira Guerra Mundial, em meio a crises econômicas que abalavam todo o continente, ao que se somava o desemprego, que atingia proporções alarmantes, e a paralisação dos governos submergidos em infundáveis querelas partidárias. Ainda nesse cenário, de um lado atuava o capitalismo liberal, que seguia, de forma irresponsável, acreditando na mão invisível e milagrosa do mercado como apta a resolver o problema social ou a questão social; e, de outro, a emergência de sistemas autoritários, dentre os quais, o marxismo, com sua ideologia de luta de classes e ditadura do proletariado, bem como o fascismo e sua proposta de fanatismo nacionalista.

Sua leitura desse contexto era de que o mal de base não decorria propriamente do fato de não haver recurso algum, mas, sim, do fato de que as forças econômicas e sociais da Europa se achavam tolhidas, embaraçadas pelo capitalismo individualista e também pelo marxismo coletivista. Era preciso repor as forças sociais que estavam paralisadas, chamando a atuar os corpos sociais intermediários, o que não atendia nem a

¹²²⁶ Pio XI. *Carta Encíclica Quadragésimo ano*. 1931, Letra “C”, nº 5, disponível em http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno_po.html. Acesso em 13-04-2013.

proposta capitalista nem o coletivismo estatal de base centralizadora, que propunha o monopólio sobre tudo o que pudesse existir com a sociedade.

Assim, a proposta, na *Encíclica Quadragésimo Anno*, era a de constituir uma terceira via entre o capitalismo e o coletivismo, onde a subsidiariedade encontra, conforme J.N. Schasching¹²²⁷, a sua origem como princípio jurídico.

Trinta anos após, a Europa emergia, uma vez mais, dos escombros da Segunda Guerra Mundial, destroçada, agora também, pelo nazismo, com sua postura de tratamento dos seres humanos (pessoas) como supérfluos e descartáveis. Naquele ambiente, a Igreja Católica, sob o pontificado do Papa João XXIII, fez editar a *Carta Encíclica Mater et Magistra* (1961), em que o princípio da subsidiariedade é revitalizado, “*exortando os poderes públicos a presidir suas relações com os cidadãos, famílias e demais grupos sociais, pela nota de respeito às iniciativas locais*”.¹²²⁸

Sem embargo, foi na *Carta Encíclica Pacem in Terris* (1963), do mesmo Papa João XXII, que o princípio da subsidiariedade atingiu sua consagração, quando em seu artigo 139, dispõe: “*(...) Como as relações entre os indivíduos, famílias, organizações intermédias e os poderes públicos das respectivas comunidades políticas devem estar reguladas e moderadas, no plano nacional, segundo o princípio de subsidiariedade, assim também, à luz do mesmo princípio, devem se disciplinar as relações dos poderes públicos de cada comunidade política com os poderes públicos da comunidade mundial. Isto significa que os problemas de conteúdo econômico, social, político ou cultural, a serem enfrentados e resolvidos pelos poderes públicos da comunidade mundial não de ser da alçada do bem comum universal, isto é serão problemas que pela sua amplitude, complexidade e urgência os poderes públicos de cada comunidade política não estejam em condições de afrontar com esperança de solução positiva*”.¹²²⁹

Ainda, quando, em seu artigo 140 preceitua: “*Os poderes públicos da comunidade mundial não têm como fim limitar a esfera de ação dos poderes públicos de cada comunidade política e nem sequer de substituir-se a eles. Ao invés, devem procurar contribuir para a criação, em plano mundial, de um ambiente em que tanto os poderes públicos de cada comunidade política, como os respectivos cidadãos e grupos*

¹²²⁷ In *Subsidiariedade: Conceito Chave da Europa*. nº 136, Braga: Brotéria, 1993, pp.413-414.

¹²²⁸ MACIEL, Omar Serva. In *Princípio de Subsidiariedade e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2004, p.23.

¹²²⁹ João XXIII. *Carta Encíclica Pacem in Terris*. 1963, 139, disponível em http://www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem_po.html. Acesso em 13-04-2013.

*intermédios, com maior segurança, possam desempenhar as próprias funções, cumprir os seus deveres e fazer valer os seus direitos”.*¹²³⁰

No Compêndio da Doutrina Social da Igreja¹²³¹, elaborado pelo *Conselho Pontifício Justiça e Paz*, vinculado à *Cúria Romana*, o princípio da subsidiariedade é relacionado como um dos cinco princípios fundantes dessa Doutrina. Seu artigo 351 estabelece que *“A ação do estado e dos outros poderes públicos deve conformar-se com o princípio da subsidiariedade para criar situações favoráveis ao livre exercício da atividade econômica; esta deve inspirar-se também no princípio de solidariedade e estabelecer os limites da autonomia das partes para defender as partes mais frágeis”.*

Na sequência, o mesmo documento dispõe que *“a solidariedade sem subsidiariedade pode, de fato, degenerar facilmente em assistencialismo, ao passo que a subsidiariedade sem a solidariedade se expõe ao risco de alimentar formas de localismo egoísta. Para respeitar estes dois fundamentais princípios, a intervenção do Estado em âmbito econômico não deve ser nem açambarcadora, nem remissiva, mas sim apropriada às reais exigências da sociedade: o Estado tem o dever de secundar as atividades das empresas, criando as condições que garantam ocasiões de trabalho, estimulando-a onde for insuficiente e apoiando-a nos momentos de crise. O Estado tem também o direito de intervir quando situações particulares de monopólio criem atrasos ou obstáculos ao desenvolvimento. Mas, além destas tarefas de harmonização e condução do progresso, pode desempenhar funções de suplência em situações excepcionais”.*¹²³²

Ainda, em seu artigo 352 prescreve que *“a tarefa fundamental do Estado em âmbito econômico é o de definir um quadro jurídico apto a regular as relações econômicas, com a finalidade de salvaguardar ... as condições primárias de uma livre economia, que pressupõe uma certa igualdade entre as partes, de modo que uma delas não seja de tal maneira mais poderosa que a outra que praticamente a possa reduzir à escravidão. A atividade econômica, sobretudo num contexto de livre mercado, não pode desenrolar-se num vazio institucional, jurídico e político: Pelo contrário, supõe*

¹²³⁰ João XXIII. *Carta Encíclica Pacem in Terris*. 1963, 140, disponível em http://www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem_po.html. Acesso em 13-04-2013.

¹²³¹ Disponível em http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_po.html. Acesso em 13-04-2013.

¹²³² Disponível em http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_po.html. Acesso em 13-04-2013.

*segurança no referente às garantias da liberdade individual e da propriedade, além de uma moeda estável e serviços públicos eficientes. Para cumprir a sua tarefa, o Estado deve elaborar uma legislação apropriada, mas também orientar cuidadosamente as políticas econômicas, de modo a não se tornar prevaricador nas várias atividades de mercado, cuja atuação deve permanecer livre de superestruturas e coerções autoritárias ou, pior, totalitárias”.*¹²³³

Por fim, dispõe, em seus artigos 353 e 354: *“É necessário que mercado e Estado ajam de concreto um com o outro e se tornem complementares. O livre mercado pode produzir efeitos benéficos para a coletividade somente em presença de uma organização do Estado que defina e oriente a direção do desenvolvimento econômico, que faça respeitar regras equitativas e transparentes, que intervenha também de modo direto, pelo tempo estritamente necessário, nos casos em que o mercado não consegue obter os resultados de eficiência desejados e quando se trata de traduzir em ato o princípio redistributivo. Na realidade, em alguns âmbitos, o mercado, apoiando-se nos próprios mecanismos, não é capaz de garantir uma distribuição equitativa de alguns bens e serviços essenciais ao crescimento humano dos cidadãos: neste caso a complementaridade entre Estado e mercado é sobremaneira necessária”; “O Estado pode concitar os cidadãos e as empresas na promoção do bem comum cuidando de atuar uma política econômica que favoreça a participação de todos os seus cidadãos nas atividades produtivas. O respeito do princípio de subsidiariedade deve mover as autoridades públicas a buscar condições favoráveis ao desenvolvimento das capacidades de iniciativas individuais, da autonomia e da responsabilidade pessoais dos cidadãos, abstendo-se de qualquer intervenção que possa constituir um condicionamento indébito das forças empresariais”.*¹²³⁴

Adiante, em 1991, durante o pontificado do Papa João Paulo II, por meio da *Carta Encíclica Centesimus Annus*, a subsidiariedade se consolida segundo uma visão cristã em torno do assunto.

Sobejam, portanto, razões para afirmar que as posturas filosóficas e a Doutrina Social da Igreja Católica contribuíram decisivamente para a construção do conceito e do conteúdo da *subsidiariedade*, para o seu aprofundamento e, sobretudo, para a

¹²³³Disponível em http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_po.html. Acesso em 13-04-2013.

¹²³⁴Disponível em http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_po.html. Acesso em 13-04-2013.

configuração dos seus parâmetros, em que pese, não segundo a compreensão de um indivíduo como um fim em si mesmo, mas a partir da noção de pessoa vinculada a um determinado fim, integrada em comunidades, onde encontra novos fins a alcançar que se somam aos individuais, numa espécie de teia sobre a qual constrói, a nosso juízo, equivocadamente, como dissemos em capítulo próprio, o conceito de *bem comum*, em cada esfera ou estrato social, que vai do indivíduo a toda a humanidade, cujo fundamento está justamente na humanidade que em cada um habita, e, a partir daí a noção de que todos os integrantes de uma sociedade estão vinculados e unidos pelo *bem comum* que não está na esfera de liberdade de cada um definir relativamente ao seu conteúdo; são vinculados pela solidariedade, como são subsidiariamente responsáveis pela sua consecução, mas quem dita os fins são, necessariamente, a Igreja e o Estado, conforme se tratarem de bens sobrenaturais e bens temporais.

Entretanto, a razão de ser da sociedade é a condição humana, da qual a dimensão social é constitutiva. A esfera individual do ser humano confere a ele, e a ninguém mais, definir os seus fins, embora se reconheça como verdadeiro que a vivência social destina-se justamente à complementação do que cada ser necessita para atingir, em cada estrato social em que se acha naturalmente inserido, a plenitude de sua existência e de seu desenvolvimento. O fim de toda a sociedade política outro não é senão um propósito de ajuda mútua para que todos possam realizar a sua dignidade, em cada estrato social, do primeiro ao último, segundo um critério de subsidiariedade, pressupondo e exigindo a própria iniciativa e responsabilidade de cada esfera, seus objetivos vitais, o que implica, antes de qualquer auxílio, autodeterminação e autorresponsabilidade.

Oportuno, nessa temática, ainda é acentuar que, na busca, cada vez mais intensa, de conciliar a liberdade com as exigências de *Justiça Social*, a Doutrina Social da Igreja, na *Carta Encíclica Centésius Annus* (1991), do Papa João Paulo II, acima referida, enfatizou que “*O homem é reduzido a uma série de relações sociais, e desaparece o conceito de pessoa como sujeito autónomo de decisão moral, que constrói, através dessa decisão, o ordenamento social. Desta errada concepção da pessoa, deriva a distorção do direito, que define o âmbito do exercício da liberdade, bem como a oposição à propriedade privada. O homem, de facto, privado de algo que possa «dizer seu» e da possibilidade de ganhar com que viver por sua iniciativa, acaba por depender da máquina social e daqueles que a controlam, o que lhe torna muito mais difícil*

reconhecer a sua dignidade de pessoa e impede o caminho para a constituição de uma autêntica comunidade humana”.¹²³⁵

Por isso, sem prejuízo de nossas críticas, apenas analisando os fundamentos filosóficos, na Doutrina Social da Igreja, vê-se claramente que as dimensões negativa e positiva do princípio da subsidiariedade limitam a atuação do Estado, porque, na sua intervenção nos níveis de menor amplitude de organização social, ele apenas está autorizado (ou legitimado) a fazer o que os grupos sociais e os indivíduos não logram fazer sem a sua assistência, ao mesmo tempo em que a exigem e justificam, retirando poderes do Estado por um lado, mas, por outro, conferindo-lhe capacidades, obrigações e tarefas.

Em qualquer exame, o princípio da solidariedade constitui, inegavelmente, um critério de equilíbrio entre as competências do Estado e da sociedade civil. Nas palavras de Johannes Messner¹²³⁶, essa postura poderia ser traduzida na seguinte assertiva: *“tanta liberdade quanto possível; tanto Estado quanto necessário”*. Para nós, a leitura mais apropriada seria a de *“tanta autorresponsabilidade quanto possível e tanta intervenção estatal quanto imprescindível”*, traduzindo uma compreensão de mais sociedade e menos Estado, mas sempre Estado (cujo fundamento reside no ser humano e nele encontra seu fundamento e sua finalidade) na retaguarda.

Dessa premissa, não estamos a defender uma simples postura de mais sociedade e menos Estado, nem deste retirando o seu valor e seu dever. Estamos simplesmente destacando, no horizonte, um modelo estatal que, enquanto heterovinculado a uma norma *jus cogens*, imperativa e inderrogável, erigida à ideia de uma consciência jurídica universal em torno dos valores axiológicos supremos que integram o homem e sua dignidade e, nesse contexto, da solidariedade que dela imediatamente decorre, qual seja, a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, no que contempla como espécie o *Estado de Solidariedade*, esta somente pode ser compreendida segundo meio de ajudar o homem e a cada um, rumo ao destino que o próprio homem para si estabelecer, pois a natureza dotou o homem de capacidade e racionalidade para fazer essa escolha e definir os seus próprios fins. Compete ao Estado, então, apenas apoiá-lo naquilo em que ele não puder sozinho realizar. Só assim é possível pensar em um governo do povo e para uma sociedade humanamente viva.

¹²³⁵ João Paulo II. *Carta Encíclica Centésimus Annus*. 1991.II, 12, Disponível em: <http://www.vatican.va/edocs/POR0067/INDEX.HTM>. Acesso em 13-04-2013.

¹²³⁶ MESSNER, Johannes, in *Ética Social: o Direito Natural no Mundo Moderno*. São Paulo: Quadrante/Edusp, 1970, p.287.

Também não se trata aqui de propor um modelo de Estado fraco, mínimo, débil, ou de reduzi-lo à condição de Estado Polícia, retraído às funções de vigilância e de arbitragem, mas de uma postura que se contrapõe ao relativismo ético e que demanda um Estado que respeite as exigências do homem real; de um Estado que reverencie a dignidade humana que, à sua vez, obriga cada pessoa a uma autorresponsabilidade pelo seu destino - porque o Estado não é “pai” -, e uma política meramente paternalista-assistencialista, sem autorresponsabilidade, não se amolda a uma adequada compreensão de dignidade da pessoa humana, porque acaba se substituindo à pessoa, asfixiando a liberdade e criando dependência.

O Estado, não sendo pai, não pode e não deve, sob pena de arbítrio, justamente por aviltar a dignidade humana, substituir-se ao indivíduo (nem às demais esferas sociais em que este se insere), em sua autorresponsabilidade em relação ao seu destino e ao destino de sua família, de seu grupo e assim por diante.

Ora, se o homem preexiste ao Estado, ele não pode ser por este anulado. Além disso, em sendo ele um ser naturalmente gregário, é no plano das relações intersubjetivas, mais ou menos próximas, que o ser humano satisfaz suas necessidades, sendo, também, natural que a ajuda provenha sempre, até o limite de suas forças, de uma esfera imediatamente subsequente.

Há, evidentemente, uma justificativa para isso. Primeiro, porque o princípio da subsidiariedade opera em sintonia com o princípio da solidariedade que, como destaca Wambert Gomes Di Lorenzo¹²³⁷, “*refere-se ao papel do meio social na realização da dignidade da pessoa*”, constituindo aquele aspecto intrínseco da dignidade da pessoa humana relativo ao reconhecimento, ou seja, no fato de cada um identificar o outro como *pessoa*, portadora de uma igual dignidade, originária de uma reciprocidade que faz enxergar no outro um outro eu.

E aquela ação concreta em favor do bem do outro, de apoio, de auxílio, que definimos como solidariedade, como uma manifestação de *justiça*, como uma categoria essencial à vida social (natural e necessária), que Wambert Gomes Di Lorenzo¹²³⁸ afirmou como “*a mais clara manifestação do princípio de unicidade dos princípios personalistas*”; que pressupõe a desigualdade antes retratada por Robert Nozick (a igualdade não é o seu pressuposto, mas a sua teleologia, ou seja, os fins da solidariedade é igualar os homens) e que, portanto, age no espaço das diferenças da condição humana,

¹²³⁷ In *Teoria do Estado de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2010, p.131.

¹²³⁸ In *Teoria do Estado de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2010, p.131.

afirma-se como uma forma de amizade (*philia*) e é onde, na ideia clássica, a solidariedade encontra a sua gênese.

Philia traduz uma espécie de afeição e de apreço por outra pessoa ou outras pessoas; para os gregos, significava também algo mais do que uma simples amizade, na medida em que ela incorporava, igualmente, a ideia de lealdade à família e à polis, compreendida como comunidade política local, cuja chave para o relacionamento era a *reciprocidade*.

A amizade ou *philia* grega constitui um produto de alguns fatores. Ela exige um grau de identidade entre as pessoas envolvidas em um determinado relacionamento, o que implica, de certo modo, um “querer as mesmas coisas” (buscar os mesmos ou semelhantes fins); ela exige, também, empatia e tolerância em relação às fraquezas uns dos outros, além de respeito pelas suas peculiaridades.¹²³⁹

Tanto isso era assim assimilado pelos gregos, que Aristóteles preconizava a *amizade* e a *justiça* como *virtudes sociais* que, em linguagem, tinham o mesmo significado (sinônimos); sustentava, também, que a “*a amizade e a justiça parecem relacionar-se com os mesmos objetos e manifestar-se entre as mesmas pessoas. De fato, em todas as comunidades, encontramos alguma forma de justiça e de amizade... Mas sua amizade vai até onde vai a sua associação, e do mesmo modo, a justiça que entre eles existe*”.¹²⁴⁰

O que o Estagirita percebeu, em termos de intensidade da *philia*, bem pode, por antonomásia, qualificar-se como *subsidiariedade*, pois essa amizade que ela expressa se manifesta de modo mais ou menos agudo, conforme o estrato da vida social examinado.

É por isso que a subsidiariedade atua *pari passu* com o princípio da solidariedade - na ideia clássica, segundo uma forma de amizade; um princípio social que implica a ação de todos em prol do *bem comum* -, pois, “*no que diz respeito às amizades, algumas são verdadeiras amizades em maior e outras em menor intensidade. E as imposições da justiça em relação às amizades também diferem; os deveres dos pais para com os filhos e os dos irmãos entre si não são os mesmos, nem os dos camaradas e os dos cidadãos em geral, e do mesmo modo no que concerne às outras espécies de amizade*”¹²⁴¹, uma vez que as imposições da justiça lhe pareciam - e com razão - aumentar conforme a intensidade da amizade, o que, para Aristóteles significava que a

¹²³⁹ Por assim entender que Aristóteles (in *Ética a Nicômaco*, p.183) afirma que “*até as pessoas desiguais podem ser amigas, pois é possível estabelecer-se uma igualdade entre eles*”.

¹²⁴⁰ In *Ética a Nicômaco*, p.184.

¹²⁴¹ In *Ética a Nicômaco*, p.185.

amizade e a justiça existem entre as mesmas pessoas e têm uma extensão igual, compreendendo que todas as formas de comunidade constituíam partes de uma comunidade política.

A *philia*, para o Filósofo, configura nada menos do que uma das dimensões do amor que, para além da amizade, possui outras duas, quais sejam, o amor existente entre homem e mulher, o amor *eros*, e o amor altruísta, que se move na busca do bem do outro, dito amor *ágape*

E quando aqui falamos em *philia*, *eros* e *ágape*, estamos nos referindo não a uma diversidade de amores, mas a um mesmo amor, a uma unidade, correspondendo à unidade de *corpo* e *alma*, composto próprio da pessoa humana¹²⁴², na medida em que corpo e alma, inseparáveis que são, amam conjuntamente e em diferentes intensidades, de modo mais ou menos abstrato, conforme o estrato social em que esse amor se manifesta, valendo lembrar que é o *bem comum*, em seu imaginário, o elemento aglutinador dos vários estratos da vida social; o que une pessoas a pessoas, pessoas a grupos, dando a cada um o sentido de participação no todo ou na totalidade, como conformação de si próprio, como plenitude e autorrealização.

Por outro lado, assim como existem várias dimensões de amor e amizade (tenha ela por mote utilidade, prazer ou benevolência), também se verificam distintos os fins de cada grupo social, em cada um de seus estratos, constituindo, pois, tarefa da Política promover a unidade e a concórdia desses grupos, superando a luta setorial por interesses privados, tendo por base o *bem comum*, do que resulta uma *philia política*, uma amizade cívica, fundamental à plenitude da pessoa.

A amizade cívica, que excede ao privado, onde se verifica a relevância pública e política e pode ser compreendida como concórdia, no dizer de Wambert Gomes Di Lorenzo¹²⁴³, “*constitui um vínculo entre os cidadãos e pressupõe uma adesão ao bem comum que transforme os desejos dos membros da comunidade a partir de sua conformação ao bem comum*”.

Essa concórdia não significa, de modo algum, um contrato, conforme a acepção rousseauiana, pois ela nada tem a ver com a *vontade geral* do Contrato Social de *Jean Jacques Rousseau* ou de qualquer outro pensador do contratualismo.

¹²⁴² Wambert Gomes Di Lorenzo (In *Teoria do Estado de Solidariedade*, p.135) destaca que *eros* e *ágape* são expressão do mesmo amor, aquele mais próximo do aspecto corpóreo e este mais do espiritual. Seria algo como o amor de quem deseja e o amor de quem se doa ou se entrega

¹²⁴³ In *Teoria do Estado de Solidariedade*, p.137.

Com efeito, a concórdia por ele defendida não comporta uma leitura simplista como “expressão da vontade da maioria”, nem traduz a ideia de submissão; antes, ela afirma uma vontade, um acordo tácito, que pode até ser inconsciente, uma aspiração superior transcendente, indivisível e absoluta, uma ideia, que não nasce de uma deliberação, mas da necessidade para a realização do bem comum e desenvolvimento pleno das pessoas.

Já para nós, a subsidiariedade é o método de realização do bem comum, de concretização da solidariedade e de limites, porque também a subsidiariedade encontra seu fundamento e fim último na própria dignidade humana que, tendo nela, como primazia, a liberdade, não pode castrar o homem, dotado de consciência moral e de linguagem, do direito de definir os seus próprios fins e de decidir como deseja viver; como almeja desenvolver a sua personalidade; tampouco pode se furtar em lhe incumbir responsabilidades, entre as quais a de prover a sua própria subsistência e trabalhar para a consecução dos fins que eleger. Absolutamente ninguém pode substituí-lo nessa escola, pela qual é absolutamente responsável. Nesse nível, não se admite qualquer compreensão de *bem comum* que se imponha a essa escolha.

Entretanto, a condição humana e a compreensão de Direitos Humanos, de outro lado, segundo uma consciência jurídica universal em torno dos valores axiológicos superiores que integram o conteúdo da dignidade da pessoa humana, consciência jurídica universal, essa expressa na *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, impõe reconhecer, a partir de uma dimensão social constitutiva de cada ser humano, um princípio de solidariedade, expressivo de uma forma específica de justiça (vista sob o viés de uma igualdade substancial) que manda, por meio de deveres fundamentais, que cada um de nós auxilie no desenvolvimento da personalidade de todos aqueles com os quais compartilhamos uma mesma humanidade, com isso nos tornando a cada um mais humanos; a realidade humana (individual e social) não pode prescindir de elementos da liberdade, da segurança e da justiça (e, nesse contexto, a solidariedade decorre da própria dignidade e condição humana).¹²⁴⁴

Por tudo isso é que a intervenção do Estado - expressão da sociedade política por excelência, que tem no *bem comum* das pessoas sua razão de ser, é dizer, seu fundamento e sua finalidade -, nessa ordem de ideias, segue a lógica do princípio da subsidiariedade, compreendendo como ajuda, proteção, promoção, coordenação, controle, vigilância e de aporte dos meios, nos casos de exigências do *bem comum* e de

¹²⁴⁴ É essa a mesma aspiração ou anseio que faz prova inequívoca de que não é qualquer conteúdo que pode ser aceito como lei sob a falácia de constituir a expressão de uma vontade constitucional.

realização da *Justiça Distributiva*, deixando de intervir nas esferas de menor complexidade naquilo que elas sejam autossuficientes, e nos limites de suas próprias obrigações ou deveres de solidariedade com esferas inferiores (pois ele se pergunta o que o homem pode fazer por si mesmo e por cada estrato social dos vários em que se insere. É isso que lhe determina a solidariedade a que está vinculado segundo um critério de subsidiariedade). Nisso também se afirma a vinculação do Estado e das entidades privadas ao princípio da solidariedade.

Um exemplo, no âmbito da concretização, certamente facilitará a assimilação dessa ideia. O *caput* do artigo 1.694 do Código Civil brasileiro dispõe que “*podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação*”.

Os §§ 1º e 2º do mesmo dispositivo legal preceituam que “*os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada*”, mostrando a incidência do princípio da proporcionalidade, e que “*os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia*”, demonstrando, nesse parágrafo, que o dever alimentar não encontra o seu fundamento último no ato ilícito e que tem natureza complementar.

Aliás, o artigo subsequente, 1.695, estatui que “*são devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento*”.

Mas quais seriam os parentes que podem postular alimentos? O artigo 1.696 nos dá, em parte, essa resposta, pois ele diz que “*o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros*”, fazendo certo, aqui, que acolhe o princípio da subsidiariedade; o artigo 1.697 ainda esclarece que, “*na falta dos ascendentes, cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais*”.

O limite dessa busca, no âmbito familiar e no grupo familiar está, portanto, na ordem de sucessão disciplinada no artigo 1.845 do Código Civil, restando bastante claro que os alimentos seguem, na ordem jurídica brasileira, o dever de solidariedade, segundo o critério da subsidiariedade, o que demonstra que os particulares estão

vinculados entre si pela solidariedade em suas relações intersubjetivas. Nessa esfera, não há cogitar o dever do Estado (e o Estado somos todos nós) de prestar qualquer auxílio.

Porém, imaginemos a hipótese de não restar ninguém na linha sucessória que possa subsidiar a pessoa em sua insuficiência ou incapacidade alimentar. Aí deve atuar o Estado, em sua atividade fim de *bem comum*, que é a de ajudar as pessoas a caminharem rumo ao destino eleito por elas, a realizarem elas mesmas seus próprios fins, prestando, o Estado, o devido apoio, fazendo-o segundo sua estrutura sociopolítica, supletiva e complementarmente, conforme determinam os artigos 203¹²⁴⁵ e 204¹²⁴⁶ da Constituição Federal de 1988; e, dentro de nossa linha de pensamento, subsistiria o mesmo dever, ainda que a Constituição fosse omissa nos dispositivos retrorreferidos. Falamos aqui de um benefício de prestação continuada previsto pela “LOAS” (Lei Orgânica da Assistência Social)¹²⁴⁷, reconhecido àquelas pessoas que não dispõem de condições físicas e biopsicológicas de prover o seu próprio sustento.

Outro exemplo típico é o “PROUNI” – Programa Universidade Para Todos¹²⁴⁸, um programa governamental de acesso ao ensino universitário às pessoas pobres, segundo critérios estabelecidos em lei, à formação gratuita no ensino superior, logo, de apoio, em caráter provisório.

Caberia, nesse sentido, sublinhar, no Brasil, um *sistema único de saúde* que, sem prejuízo de análise quanto à sua eficiência, que não se insere em nosso objetivo, serve a todos os seres humanos, brasileiros ou não, residentes ou não no país, independente de contribuição. Cumpre ainda frisar que a jurisprudência brasileira é pacífica quanto a

¹²⁴⁵ Art. 203 - A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

¹²⁴⁶ Art. 204 - As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

¹²⁴⁷ Lei 8.742, de 7 de dezembro de 1993, com a redação que lhe foi dada pela Lei 12.435, de 2011.

¹²⁴⁸ Instituído pela Lei 11.096, de 13 de janeiro de 2005.

aplicação imediata dos direitos sociais, especialmente naqueles aspectos voltados à saúde, compelindo os Municípios, os Estados e a União, em caráter solidário (entre eles organizados segundo o critério da subsidiariedade), a fornecer medicamentos, tratamentos e hospitalizações, inclusive em instituições privadas, a cargo dos entes públicos, para a garantia da integridade física, biopsíquica e a vida de todos (tema que doutrinariamente tem sido debatido sob o enfoque da *judicialização* da saúde).

A subsidiariedade, portanto, tem um caráter biunívoco, que permite dois enfoques necessariamente simultâneos: um de cima para baixo e outro de baixo para cima, para dizer que uma ordem superior só deve atuar para suprir o que as instâncias inferiores não são capazes ou se mostram insuficientes para, sozinhas, realizarem.

Nesse sentido, a regra de ouro da subsidiariedade, operando em sintonia com o princípio da solidariedade, diz, como muito bem acentua Omar Serva Maciel¹²⁴⁹, que, “*sem embargo da reprise, atividades, comportamentos, decisões, competências, sejam executados o mais próximo possível do sopé dos organogramas públicos e privados*”.

Cuida-se, portanto, de atribuir-se uma primazia do indivíduo e da iniciativa privada em valorização da liberdade e da dignidade da pessoa humana, na medida em que cada ser, cada pessoa, possui algo de original em si, para si e para oferecer à comunidade, mesmo na esfera econômica, e nada pode anular o seu espírito, a sua liberdade, a sua dignidade, mas situar a esfera de maior amplitude, que representa um princípio de expansão da própria pessoa, em um movimento que constitui essa esfera mais ampla, como garante (inclusive em caráter excepcional e temporário, assertiva válida também para as relações em termos de Comunidade Internacional).

Esse é o critério de equilíbrio e de limite do dever de solidariedade, onde enxergamos uma solução metodológica bastante razoável para a convivência entre uma economia de mercado e um verdadeiro Estado de Bem-Estar, ou, em um grau mais elevado, dialeticamente falando, em projeção para o âmbito da Comunidade Internacional, um Estado de Direitos Humanos e de um decorrente Estado de Solidariedade, em que o *bem comum*, realizando a solidariedade nas formas de *Justiça Distributiva* e *Justiça Social* não se afigurem conceitos retóricos, utópicos, teorias sem aplicação na realidade prática.

Além do respeito à dignidade da pessoa humana, o princípio da subsidiariedade propõe, nitidamente, a reordenação e a otimização dos espaços público e privado,

¹²⁴⁹ In *Princípio de Subsidiariedade e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2004, p.29.

encontrando, igualmente, em sua base, o pluralismo e a democracia, na medida em que, só sob a perspectiva de um Estado efetiva e eficazmente interventor, na exata medida do necessário e imperativo, é que poderemos falar de um Estado coerente com os seus fins de equidade, de justiça e dignidade para um e para todos.

É essa a função que a subsidiariedade, aliada ao princípio da solidariedade e ao do *bem comum* - juntos, densificando o princípio da dignidade da pessoa humana como um núcleo irreduzível e inviolável - exerce nos campos político e jurídico, inclusive na seara da Comunidade Internacional, com deveres de salvaguarda de todos, a humanidade inteira (como ocorre, exemplificativamente, com o meio ambiente, onde todos tem o dever para com as gerações futuras de prevenção e de precaução, para ao menos não lhes deixar um ambiente ecologicamente menos equilibrado do que aquele que receberam de gerações passadas, aqui falando o mesmo para as questões envolvendo tecnologias de extermínio em massa ou de manipulações genéticas).

Na esfera política, o princípio da subsidiariedade, como facilmente se conclui, à vista de nossas considerações, diz respeito à distribuição de competências entre vários entes estaduais. Não está relacionado, como pode parecer, aos poderes do Estado, mas às unidades políticas tanto internas quanto externas, conforme se tratar de uma Federação ou uma Confederação, indo das unidades menores às maiores, até galgar uma ordem internacional como um todo.

Na esfera política, do princípio da subsidiariedade emerge a ideia-base de que o poder político só deve intervir quando a sociedade, inclusive no âmbito de suas células de menor amplitude, como nos Estados, os Municípios (nos Estados Federais), nos estratos de vivência coletiva menos complexos como os agrupamentos menores, as famílias, a pessoa, quando cada um desses níveis de interação social, por si só, não forem capazes de, numa ordem crescente, do menor para o maior, satisfazerem suas próprias necessidades e neles encontrar apoio para a realização de seus fins.

Nisso reside a ideia enfatizada por Omar Serva Maciel¹²⁵⁰ de que, salvo essa insuficiência ou incapacidade, nada justifica que uma esfera adentre outra na realização de seus fins, nem que, para tanto, invoque o interesse coletivo, não raras vezes “*sem rosto, pela massificação dos meios de comunicação e propaganda, e pelos tentames de um Estado incontrolavelmente dirigente*”, nunca esquecendo que a história, como

¹²⁵⁰ In *Princípio de Subsidiariedade e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2004, p.8.

sublinha o mesmo autor, “*é prenhe de infaustos exemplos em que a individualidade foi aniquilada em favor do social e da coletividade*”.

Por outro lado, ele impõe, também, o reverso, ou seja, subsidiar, apoiar, auxiliar, diante da necessidade de cada uma dessas esferas, quando, nem sozinhas, nem com o apoio das esferas progressivas de maior complexidade, forem suficientes ou capazes de alcançar suas necessidades. Afinal, que sentido faria um Estado professar como seu fundamento e finalidade a realização da dignidade humana, afirmando a sua valorização, sem contribuir para a sua manutenção e o seu crescimento?

Sob o prisma de vista jurídico, não desconhecemos que há uma corrente que compreende que a subsidiariedade não constitui um princípio da ordem jurídica, mas tão só de organização política de competências, na medida em que a sua aplicação reclama sempre uma avaliação subjetiva de conceitos, tais como capacidade, suficiência e interesse geral. Compreendem-na com um conceito demasiadamente fluído e impreciso para assumir-se como jurídico.

Não podemos concordar com essa postura. Primeiro, porque a fluidez e a imprecisão de um princípio não é critério para aferir a juridicidade de uma norma jurídica, e sim o seu conteúdo material. Ao contrário, a seguir-se a lógica dos que refutam a condição jurídica do princípio da subsidiariedade, todos os conceitos jurídicos indeterminados e as próprias *cláusulas gerais*, passíveis de colmatação pelo aplicador concreto do Direito, teriam que perder, obrigatoriamente, o seu caráter normativo jurídico, o que beira ao absurdo, mormente em se tratando de norma que veicula matéria constitucional. Depois, nada impede que o princípio em tela opere, concomitantemente, com o princípio da proporcionalidade, ambos como corolários de um princípio de atribuição.

Ao revés, compreendemos, em oposição àqueles que defendem a subsidiariedade como um princípio de natureza exclusivamente política, que, pelo seu conteúdo materialmente constitucional e seu âmbito de operação, cuida-se de norma jurídica material, típica de direitos fundamentais, independente do fato de ser fluído e vago; tanto é que a ordem jurídica brasileira a consagra, a título de exemplo, no dever de prestar alimentos, em que os mais próximos excluem os mais remotos; demais disso, se o fato de ser fluído e vago impedisse sua aplicação no mundo jurídico, os mesmos fundamentos valeriam para sua inaplicabilidade política.

O fato de ser fluído e vago faz com que o princípio da subsidiariedade se abra à ambivalência e à polissemia, adquirindo flexibilidade, versatilidade ou adaptabilidade,

mas esses atributos estão à base de sua própria natureza principiológica, e se impõe como critério jurídico de equilíbrio entre a liberdade (autonomia) e a intervenção estatal, operando segundo uma metodologia de ponderação e de harmonia com o princípio da proporcionalidade.

Mais que isso: a subsidiariedade transcende a ideia de padrão, pois é certo que as relações subsidiárias se apresentam não só secundárias, mas, também, como complementares, supletivas e coordenadas, sendo, portanto, um princípio multifacetado.

Importante, na análise do princípio da solidariedade, atuando com o seu princípio corolário da subsidiariedade (e, juntos com o *bem comum*, realizando o princípio da dignidade da pessoa humana), é que não se pode deixar de levar em consideração que princípios jurídicos são normas jurídicas; tampouco se deve ignorar a diferenciação entre regras e princípios, porquanto estes, a exemplo da solidariedade e da subsidiariedade, não operam no plano da validade, na lógica do tudo ou nada, nem se sujeitam, quanto à sua aplicação, à metodologia da subsunção, mas à ponderação, que ordena que algo seja feito na medida pontual de suas possibilidades fáticas e jurídicas.

Isso porque, o paradigma da dignidade da pessoa humana e do homem como fundamento e fim de toda sociedade determinou aproximações morais e éticas em todos os campos do conhecimento humano, notadamente do Direito, cuja compreensão se apresenta de uma tal forma principializada (eis que estruturado à base de valores morais e éticos perspectivados a partir da dignidade humana), que ele já não comporta mais ser definido como um conjunto ordenado de leis ou regras, na medida em que não tem por objeto apenas situações, mas, também, e especialmente, valores, que, destarte, assumem prevalência em detrimento das regras, em sede de interpretação, numa espécie de infiltração ou imbricação da Moral, da Ética com o Direito, onde devem ser tidos como fundamentos axiológicos do Direito objetivo, como critério de validade das próprias regras.

Por esse raciocínio, podemos dizer que, cada vez mais, caminhamos rumo a um Direito ético. Isso vai ao encontro do pensamento de Júlio Aurélio Vianna Lopes¹²⁵¹ quando afirma que “*a principialização do direito, pela inserção, amplificação e fortalecimento dos valores morais associados à vida como a dignidade humana, é a maior expressão da moralização, em curso, do ordenamento jurídico*”, sustentando que eles migraram dos preâmbulos das Constituições, onde residiam sem significado

¹²⁵¹ In *A Invasão do Direito: a Expansão Jurídica sobre o Estado, o Mercado e a Moral*. São Paulo: FGV Editora, 2005, p.135.

jurídico, para os textos constitucionais e, a partir daí, se irradiando para todos os demais ramos do Direito, numa espécie de *constitucionalização* do Direito ordinário.

Compartilhamos, no particular e em termos¹²⁵², do entendimento de Eric Robert¹²⁵³, no sentido de que, no Direito Positivo, de regra, o princípio da subsidiariedade recebe aceção escrita que o faz equivaler a uma norma de repartição de competência que transcende a perspectiva política; por ele, pode-se e deve-se mesmo atribuir ao ser humano, ou ao nível do poder a ele mais próximo, tudo o que ele próprio é capaz de realizar, deixando-se para a esfera social superior somente aquilo que ultrapasse a capacidade da instância inferior ou que exijam medidas gerais, uniformes, a beneficiar toda a comunidade em termos de bem-estar, notadamente aquelas pessoas em situação de vulnerabilidade, por meio da uma criteriosa *Justiça Distributiva*, que intente verdadeiramente conferir eficácia aos Direitos Humanos.

Temos que a mesma lógica também se aplica ao âmbito da Comunidade Internacional. Veja-se, a título ilustrativo - porque só o tema da subsidiariedade comportaria muitas teses, sob diversos enfoques, mas precisamos nos restringir à sua aplicação em consonância com o princípio da solidariedade, o nosso foco nesta pesquisa -, a sua consagração pelo Tratado de Maastrich, que criou, em 1992, a União Europeia (uma Comunidade de Estados que se unem em prol de fins comuns).

Nele, a subsidiariedade constituiu igualmente um aspecto importante dos debates que visaram a dar uma melhor resposta às expectativas dos cidadãos. Tendo em vista a consolidação do aludido princípio, ele foi acolhido no tratado em tela justamente porque compreendido como essencial ao bom funcionamento da União Europeia.

Foi com esse espírito que, em outubro de 1992, o Conselho Europeu de Birmingham reafirmou que as decisões, em seu âmbito, devem ser tomadas o mais próximo possível do cidadão em cumprimento do artigo 5º (antigo artigo 3º-B). Nessa perspectiva, o Conselho Europeu de Edimburgo (de dezembro de 1992) definiu uma abordagem global para a aplicação do princípio da subsidiariedade (princípios fundamentais, diretrizes e procedimentos).

O artigo 5º (antigo 3º-B), *alínea* 2, do Tratado de Amsterdã, determina que a Comunidade Europeia, enquanto integrada, somente está legitimada a agir quando

¹²⁵² Empregamos a expressão “em termos”, porque compreendemos que a subsidiariedade, ainda que não escrita, é princípio jurídico e decorre da ideia mesma de Direito, no que respeita ao seu elemento justiça, especificamente na sua forma de expressão de solidariedade.

¹²⁵³ ROBERT, Eric, *La Subsidiarité: Principe Juridique et Concept Politique*. In *Revue Hellenique de Droit International*, Atenas, nº. 48, 1995, p.185.

determinados objetivos não possam ser satisfatoriamente realizados pelos Estados-Membros, ou possam ser melhor realizados em nível da Comunidade Europeia¹²⁵⁴ como um todo.

Vale, ainda, a referência de que, na Versão Consolidada do Tratado que instituiu a Comunidade Europeia da Energia Atômica (2010), de harmonia com o tratado inicial, em seu Título I, artigo 3º, dispõe que *“os Parlamentos nacionais podem redigir aos presidentes do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão, um parecer fundamentado sobre a conformidade de determinado projecto de acto legislativo com o princípio da subsidiariedade, nos termos do Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade”*.

Olhando para a subsidiariedade sob o ponto de vista da Constituição Portuguesa de 1976, quando Portugal iniciou um processo de redemocratização, depois de finda a *Revolução dos Cravos*, observa-se que, também aí, a subsidiariedade foi aos poucos ganhando espaço em temas de positividade.

Na Primeira Revisão Constitucional (1982), consoante o magistério de Jorge Miranda¹²⁵⁵, eliminou-se um grupo de normas deixando clara uma postura contrária à integração, conforme aditado ao artigo 8º, nº 3, do Texto Constitucional.

Na Segunda Revisão Constitucional (1989), observa-se ter havido uma preparação de um ambiente propício voltado à integração, retirando-se do nº 3 do artigo 8º da Constituição Portuguesa, o termo *expressamente*, acrescentando-se ao artigo 7º o nº 5, consignando um compromisso assumido pelo Estado Português na construção de uma identidade europeia; de seu propósito de uma ação conjunta e concentrada com os demais Estados Europeus em prol de objetivos comuns, dentre os quais, a paz, a prosperidade econômica e a justiça internacional, abrindo-se a um constitucionalismo do Parlamento Europeu.

Em 1992, Portugal passou por mais uma Revisão Constitucional, a terceira, de natureza extraordinária, justamente com o objetivo de viabilizar, de imediato, a adaptação de seu texto à medida de valor da subsidiariedade consagrada no Tratado de Maastrich. Assim, ao artigo 7º, foi acrescentado o nº 6, dispondo que Portugal, em suas relações internacionais, poderia convencionar o exercício em comum dos poderes

¹²⁵⁴ O Brasil é um dos países integrantes do Mercosul, instituído pelo Tratado de Assunção, assinado em 1991. O Tratado de Assunção não faz qualquer menção ao princípio da subsidiariedade, pois o Mercosul limita-se a estabelecer uma política de comércio comum e, portanto, vale lembrar, em nada se assemelha à União Europeia.

¹²⁵⁵ In *O Tratado de Maastrich e a Constituição Portuguesa*. Brotéria, nº 136, 1993, pp.365-366.

necessários para construção da União Europeia, conquanto observadas as condições de reciprocidade, pautada pela subsidiariedade, em defesa, obviamente, de sua soberania.

Por fim, a Constituição Portuguesa sofreu, mais uma vez, uma Revisão Constitucional em 1997, em que, de novo, consagrou o princípio da subsidiariedade, quando o artigo 6º, nº 1, recebeu nova redação, acolhendo, no âmbito interno, o aludido princípio.

Também, a título ilustrativo, a Constituição da Itália, de 1947, passou, em 2001, por uma Emenda Constitucional para, nos artigos 118 e 120, expressamente albergar o princípio da subsidiariedade.

Já a Constituição Alemã, de 1949, embora não faça referência expressa ao princípio da subsidiariedade, dela ele pode ser haurido, especialmente da leitura de seu artigo 72, nº 2, onde diz: *“nesse domínio, a Federação tem o direito de legislar quanto e enquanto a manutenção das condições de vida no território federal ou a salvaguarda da unidade jurídica ou econômica no interesse do conjunto do Estado tornam necessária a regulamentação legislativa federal.*

Por tudo, em que pese o princípio da subsidiariedade tenha sido consagrado pela maioria dos ordenamentos jurídicos pós-modernos, temos que também ele, a exemplo da solidariedade, se inscreve na noção de uma consciência jurídica geral dos povos, como um princípio jurídico fundamental de justiça política e social, de modo a constituir, também ela, em si mesma, uma norma *jus cogens*, cuja imperatividade independe igualmente de positivação para compelir à sua obediência, albergada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de onde se extraem as ideias de autorresponsabilidade, de responsabilidade comunitária, de fundamento e de fins de todo o poder político, de equilíbrio e proporção, e deveres de todos, de modo escalonado, para o desenvolvimento da humanidade.

Com isso, estamos a sustentar que subsidiariedade jurídica (ou o princípio jurídico da subsidiariedade) é lugar comum tanto na ordem jurídica interna como internacional e, pelas razões acima sustentadas, do próprio Direito, e se projeta tanto no aspecto hermenêutico como no aspecto normativo.

Na primeira situação, não são raros os exemplos em que, nos casos omissos de um determinado ramo do Direito, o legislador manda aplicar supletivamente normas de outro ramo. É o que precisamente ocorre no Brasil, quando o artigo 3º do Código de Processo Penal, em casos de omissões, manda aplicar subsidiariamente as disposições do Código de Processo Civil.

Também é o que se verifica, segundo observa Marcelo Freire Sampaio¹²⁵⁶, quando o artigo 769 da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) diz que, “*nos casos de omissões, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho*”, exceto naquilo que for incompatível com o processo trabalhista.

Numa leitura estritamente positivista, poderíamos, ainda nesse contexto, citar a ideia (hoje superada) dos princípios como fonte subsidiária, leia-se, secundária, do Direito, consoante ainda dispõe o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro.

Essa é, igualmente, a ideia desenvolvida por Diogo José Paredes Leite de Campos¹²⁵⁷, no sentido de que “*o papel das normas subsidiárias seria o de colmatar as lacunas existentes no sistema principal de regulação*”.

Parece também ser o que podemos verificar nos casos de omissão do Direito Penal Humanitário, quando o aplicador do Direito poderá recorrer ao Direito Internacional Público geral ou comum, inclusive ao Direito Penal Internacional.

Podemos, assim, recortar do princípio da subsidiariedade, uma perspectiva sociopolítica, bem como uma outra de natureza organizatória social.

Como parâmetro sociopolítico, o princípio da subsidiariedade irá dizer que a organização social compõe-se de coletividades que se expandem progressivamente, em uma formação que tem à sua base a pessoa humana e sua dignidade; a partir daí, desenvolve-se por sociedades intermédias até chegar ao Estado. Nessa perspectiva, impõe-se a primazia da pessoa em primeiríssimo lugar, e das coletividades menores relativamente às coletividades maiores. Nela, impõe-se o respeito pela autonomia da menor unidade (pessoa ou coletividade menor), assegurando-lhe que possa dispor de liberdade de atuar até o limite de sua capacidade. Por fim, a intervenção da unidade maior justifica-se em face das incapacidades e das insuficiências da menor unidade em proveito do *bem comum*.

Por outro lado, como parâmetro de organização social, tem-se que a organização do Estado também se acha composta de múltiplos níveis de decisão ou de autoridade, cada uma delas com um mínimo de autonomia e crescente amplitude territorial. Impõe-se, aí, uma primazia dos níveis mais próximos do cidadão, de sorte que as decisões devem ser tomadas e as atividades públicas, por conseguinte, desempenhadas, preferentemente, pela autoridade mais próxima do destinatário da ação.

¹²⁵⁶ In *Reflexos da Reforma do CPC no Processo do Trabalho*. São Paulo: Editora Método, 2007, p.26.

¹²⁵⁷ In *A Subsidiariedade da Obrigação de Restituir o Enriquecimento*. Coimbra: Almedina, 2003, p.54.

Com isso queremos dizer que deve haver um respeito à autoridade do menor nível que deve dispor da competência de atuar até o limite de sua capacidade; a intervenção do nível superior justifica-se em face das incapacidades do nível inferior e em proveito do conjunto.

No Brasil, que adota como forma de Estado a Federação (CF, artigo 18), o princípio da subsidiariedade traça o caminho a ser trilhado para a interpretação da repartição de competências entre os entes federados, estabelecendo o campo de atuação da União, dos Estados membros, do Distrito Federal e dos Municípios no que tange às competências concorrentes, priorizando a ação do ente municipal, quando presente o interesse local. Assim, salvo as competências expressamente previstas como matérias privativas da União e dos Estados membros, uma vez configurado o interesse local, a competência é, de regra, do Município.

Em suma, o que está no alcance da pessoa realizar, não pode a família substituí-la nessa realização e, assim, sucessivamente, até os estratos sociais mais elevados; da mesma forma o Estado deve agir, em postura inversa, em caráter subsidiário, secundário, supletivo, complementar, nas insuficiências e incapacidades das esferas inferiores, em ordem progressiva decrescente, salvo uma atuação generalizada, em prol do bem comum da totalidade dos membros de uma esfera de maior amplitude.

Muito acertadamente, no dizer de Wambert Gomes Di Lorenzo, *“as relações entre os indivíduos, as famílias, as organizações intermédias e os poderes públicos das respectivas comunidades políticas devem estar reguladas e modeladas, no plano nacional, segundo o princípio da subsidiariedade. Também, à luz do mesmo princípio, devem-se disciplinar as relações dos poderes públicos de cada comunidade política com os organismos da comunidade universal*¹²⁵⁸, segundo uma perspectiva de que, se omissão de socorro compromete a dignidade de outrem, o excesso também a embarga, tanto pelo excesso estrito quanto pela substituição.

Cuida-se, em apertada síntese, entendendo-se *“a subsidiariedade como um ato solidário em face da dignidade do outro”*¹²⁵⁹, de uma valorização geral da própria dignidade da pessoa humana, ou seja, de uma valorização da participação da comunidade que está sempre mais próxima dela, numa espécie de fortalecimento da sociedade civil e valorização do capital humano na solução dos problemas e das desigualdades sociais, a despeito de um modelo estatal assistencialista, provedor de

¹²⁵⁸ In *Teoria do Estado de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2010, p.102.

¹²⁵⁹ DI LORENZO, Wambert Gomes. In *Teoria do Estado de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2010, p.102.

tudo, oniciente, onipresente, que se perdeu em meio à burocracia, às insuficiências, à escassez de recursos, à corrupção sistêmica, ao clientelismo e ao paternalismo interesseiro, com os olhos voltados para as próximas eleições, tudo o quanto provocou a crise, mas não a morte, do Estado Social, que se recupera, assimilando a lógica da solidariedade e da subsidiariedade, e não a dos modelos assistencialista e securitário.

Wambert Gomes Di Lorenzo¹²⁶⁰ também assinala uma distinção entre a subsidiariedade e o princípio da subsidiariedade, pois, dessa demarcação, que delimita, como ensina, o espaço da ação entre os extremos de ajuda e omissão - e do dever em face do outros - resultante de sua dignidade - decorrente do princípio da subsidiariedade. Com isso, enfatiza que *“o princípio da subsidiariedade estabelece, portanto, que tanto a inércia em face da necessidade do outro quanto o excesso que sepulta a liberdade são atos injustos e ações impeditivas da dignidade da pessoa humana e pode ser definido como princípio que determina quando, quem e como se deve auxiliar uma pessoa humana a realizar sua dignidade. Sendo princípio que estabelece a forma adequada de agir, a subsidiariedade encontra-se no meio termo entre dois vícios, um de excesso e outro de escassez”*.

É por isso que o autor, com propriedade, o reputa como uma regra de razão prática, que não traz uma solução *a priori*, ao estilo *prêt-à-porter*, para o caso, mas um critério de abordagem do caso em si, fornecendo toda uma ordem de agentes envolvidos, bem assim de instrumentos, um manancial que irá permitir uma análise minudente do caso concreto, a partir de seu próprio referencial, para, só então, dele extrair uma solução, seja ela de natureza jurídica, social, política ou mesmo econômica, o que nos permite ver o quão reducionistas são as discussões em torno da natureza jurídica ou política do princípio, pois ele se projeta em todos esses aspectos.

Para além das dimensões negativas, positivas e normativas sobre as quais acima nos manifestamos, agora que compreendido o seu sentido, podemos ainda falar em outras dimensões sob as quais a subsidiariedade também se expressa.

Haverá casos em que ela se manifestará diretamente; serão aquelas hipóteses em que não há mediação entre quem subsidia e o subsidiado. Pode haver, por exemplo, no âmbito internacional, doação direta, sem quaisquer mediações estatais, por organismos internacionais, de alimentos ou medicamentos a famílias ou grupos necessitados; pode, também, um nacional receber diretamente uma bolsa de estudos de Estados ou diretamente de organismo ou entidade internacionais.

¹²⁶⁰ In *Teoria do Estado de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2010, pp.104-105.

Também é possível que a subsidiariedade seja indireta, quando carecer de um mediador entre entidade beneficente e subsidiado. É o que ocorre, exemplificativamente, quando uma ordem superior a um organismo não governamental elege um intermediário para que este promova a distribuição de bens. Para ilustrar, é o que ocorre no Brasil, relativamente a CAPES - Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior¹²⁶¹, a quem o Estado disponibiliza às universidades bolsas de estudos, ficando a critério destas mediar a disponibilização das mesmas, segundo determinados critérios e planos de mediação, aos alunos interessados e habilitados.

Pode-se falar em subsidiariedade operativa. Ela exige ação direta do subsidiário. Ela diz respeito aos entes políticos que podem diretamente atuar ou exercer função regulamentar. Ela pode ser identificada, por exemplo, na ação direta do Estado no mercado, sempre que o *bem comum* político assim o exigir. A Constituição Brasileira de 1988 contempla um exemplo dessa modalidade de subsidiariedade no seu artigo 173, em cujo contexto, o princípio em comento aparece em sua modalidade negativa, positiva e mesmo regulativa, pois autoriza, nos casos previstos em lei, a realizar determinadas atividades econômicas reclamadas seja pela segurança nacional, seja pelo interesse coletivo.

A subsidiariedade pode se apresentar, também, sob uma modalidade regulativa que se verifica, diretamente, na Constituição Brasileira de 1988, precisamente no Título da Ordem Econômica e Financeira, onde se observa, no artigo 174, que o Estado brasileiro se consagra como regulador e agente normativo da atividade econômica, e que se obriga a fiscalizar, incentivar e planejar a ordem em referência.

Por fim, ainda podemos falar em subsidiariedade indutiva e dedutiva. A distinção entre elas, conforme ensina Wambert Gomes Di Lorenzo¹²⁶², ocorre a partir do sujeito. A relação do sujeito, enquanto subsidiário, é dedutiva, pois ela ocorre a partir dele para uma ordem menor; por outro lado, será indutiva se a subsidiariedade que ele realiza depender, à sua vez, de um auxílio de uma ordem maior.

Se a vida social é necessária para a realização da dignidade da pessoa e se ela se realiza em vários estratos sociais, é natural que a subsidiariedade atue conforme esses vários estratos, operando, portanto, em vários níveis.

Para explicar essas várias dimensões, o autor acima referido sustenta que, a partir da perspectiva de que cada pessoa é uma unidade social (e isso é da condição humana),

¹²⁶¹ Lei 8.405, de 9 de janeiro de 1992, que autoriza o governo federal a instituir como Fundação Pública a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) e dá outras providências.

¹²⁶² In *Teoria do Estado de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2010, p.110.

cada ser humano não é apenas parte do todo; antes, um todo em si mesmo; daí que afirmar a sociedade como um todo composto de pessoas é o mesmo que afirmá-la como “*um todo composto de muitos todos*”¹²⁶³. Nossa divergência aqui em relação à proposição está em que, a nossa visão personalista entende que antes de ser social por natureza, como algo constitutivo do ser humano, ele é indivíduo, o que assume primazia em relação à sua dimensão social, cuja repercussão se projeta no elemento justiça, e não no da liberdade, como já expressamos.

Sendo cada um de nós um ser individual, mas tendo, ao mesmo tempo, uma dimensão social, pode-se dizer que o ser humano é totalmente livre e, ao mesmo tempo, vinculado (o que também encontra fundamento no princípio da identidade e o princípio da diferença de que tratamos na primeira parte deste estudo), já que estamos todos interligados, uma vez que inseridos todos em estratos necessários da vida social.

Nesse cenário, se o *bem comum* realiza-se nos vários estratos da vida social, é lógico concluir que cada um deles diz respeito apenas a uma parte dos interesses das pessoas. Cada pessoa se acha inserida em uma família; esta, numa comunidade que, por sua vez, se insere numa ‘cidade’, parte integrante de um Estado que, a seu turno, se integra a uma Comunidade Internacional¹²⁶⁴, de sorte a formarmos uma comunidade humana; certo é que, em cada um desses estratos, uma parte de nossa dignidade se realiza, o que nos permite compreender que o *bem comum* e, por conseguinte, a solidariedade e a subsidiariedade, operando em diversos níveis seguindo a progressão desses estratos, realizam, juntos, a dignidade humana como um todo.

Com a família¹²⁶⁵ é a primeira relação que a pessoa estabelece. É o primeiro abrigo do indivíduo no mundo; a primeira e mais estável ordem de proteção da pessoa; daí por que a ordem doméstica é, também, o primeiro nível de manifestação da solidariedade e, igualmente, o primeiro nível operativo da subsidiariedade. É nela, na família, que a pessoa se depara com os primeiros bens fundamentais necessários para a sua formação e para a realização da sua dignidade. É o que vimos no exemplo do dever de prestar alimentos segundo a legislação brasileira. No dever de escolaridade e no dever de

¹²⁶³ DI LORENZO, Wambert Gomes, in *Teoria do Estado de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2010, p.111.

¹²⁶⁴ Somos “*seres que contam histórias*”, como disse MacIntyre.

¹²⁶⁵ Aristóteles, aliás, compreendia o próprio Estado como formado de união de famílias: a “*Família Estado*” (in *Política*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Clarêt, 2004, pp.14-15). Entretanto, como já tivemos a oportunidade de dizer, embora a família fosse, em seu pensamento, uma exigência natural para satisfazer as necessidades cotidianas razão pela qual a via hierarquizada, composta de indivíduos livres e servos, isto é, o senhor (autoridade marital), a mulher, os filhos e os escravos, ela se antepunha ao Estado, porque a parte precede o todo, sem o qual ela não pode subsistir, assim como um braço ou uma perna não tem nenhuma função destacadas do corpo.

cuidados de saúde. Neste aspecto, há um caso típico, ao nosso ver, do qual podemos extrair diretamente da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, e do dever de solidariedade que dela participa, impondo-se a qualquer médico, a obrigação, mesmo contra a vontade dos pais, de proceder à transfusão de sangue numa criança, não podendo, os pais, opor-se a tal obrigação o direito de liberdade religiosa (próprio dos que confessam a fé como Testemunhas de Jeová, que a rejeitam), dever fundamental que a Constituição Federal nem a lei infraconstitucional brasileira consagram expressamente. Nesse caso, a primazia da liberdade da família não obsta um dever fundamental autônomo e imperativo de assegurar a vida do infante.

Superado o exemplo acima, ao contrário do que afirmou Aristóteles¹²⁶⁶, a família tem primazia na realização da dignidade da pessoa humana, em relação ao Estado, podendo-se inclusive dizer-se que ela pré-existe, a rigor, à Política¹²⁶⁷ e a qualquer comunidade política, e não pode ser secundarizada relativamente à sociedade ou ao Estado, enfim, em relação a qualquer outro estrato da vida social do indivíduo, pois seu primado resulta de sua natureza e não do reconhecimento de qualquer autoridade de qualquer outra esfera da vida social. Ao revés, são as sociedades intermédias e o próprio Estado que estão a seu serviço.¹²⁶⁸

E é a ela, a família, sem embargo do dever de autorresponsabilidade de cada um, que o princípio da subsidiariedade, atuando conjuntamente com o princípio da solidariedade, manda prestar auxílio aos seus integrantes; fornecer-lhes ajuda, de modo subsidiário, para cada um de seus integrantes suprirem suas insuficiências e suas

¹²⁶⁶ in *Política*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Clarêt, 2003, p.14.

¹²⁶⁷ Wambert Gomes Di Lorenzo (in *Teoria do Estado de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2010, p.114) sustenta que a família resiste à política, não apenas no seu corrompido modelo totalitário, mas, também, ao seu viciado modelo oposto, ela estabelece uma tensão constante entre as relações de parentesco e o pluralismo social, pois o alcance do controle da família sobre os seus membros e a influência que ela exerce sobre eles a faz tender a uma autossuficiência absoluta e a uma autocompreensão do grupo social, de rigor, completo em si mesmo. O autor fala no plano teórico, pois leva em consideração o pensamento de John Finnis (in *Lei Natural e Direitos Naturais*. Leila Mendes (trad). São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2007, pp.67 e s.) que afirma que ela é incompleta e insuficiente, pois sequer pode prover, adequadamente, o seu patrimônio genético, afirmando que, aquela que se reproduz no interior de si mesma tende à autodestruição. Ou seja, as famílias não prescindem de outras famílias.

¹²⁶⁸ Wambert Gomes Di Lorenzo (in *Teoria do Estado de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2010, p.114), a esse propósito, enfatiza que “*não é sem razão que a família é o alvo preferencial dos regimes totalitários. Ainda que a hegemonia social de um todo coletivo como indivíduo único e total seja um devaneio - uma quimera cuja perseguição exigiu um preço atroz para a humanidade - a hegemonia intestina da família rivaliza com qualquer força totalitária que se projete contra a pessoa*”. Isso porque, insiste o autor, “*ela é o último baluarte da liberdade, o refúgio privado da dignidade, quando o espaço público contra ela atenta. A ruptura dessa última fronteira serve, inclusive, para distinguir entre os regimes autoritários e totalitários, pois, se no primeiro não há liberdade pública, no segundo não há liberdade em nenhuma esfera, já que inexistente o espaço privado*”.

incapacidades, constituindo, por isso, a primeira retaguarda na realização da dignidade de cada um de seus membros.

Logo, a família, a despeito de ela mesma ter direitos em relação a outros estratos sociais, tem deveres *interna corporis*, ou seja, dentro de seu próprio núcleo, de mútua ajuda e assistência nas carências de cada um.¹²⁶⁹

Insiste-se, por outro lado, que ajuda ou auxílio nem aqui equivale à substituição, salvo na tenra idade, quando o ser ainda não desenvolveu consciência moral e linguagem para proceder a escolhas. A família não é a unidade social, mas a pessoa; sua absorção pela família, em detrimento do apoio, do auxílio, da ajuda, aniquila a sua autonomia, a sua liberdade, e impede, por corolário lógico, a realização de sua plenitude, de sua dignidade, havendo, também nesse âmbito, uma tensão entre a subsidiariedade positiva e negativa.

Para além do nível doméstico, podemos pensar em subsidiariedade econômica. Podemos identificá-la em pequenas comunidades de base familiar, mas não apenas formadas por integrantes de uma família, que se juntam justamente em função das insuficiências da própria família, onde, de forma mais efetiva, podem realizar aquele que chamamos de primeiro *bem comum* que é o bem-estar e que, dada a sua natureza precípua econômica, só pode ser realizado no âmbito comunitário e social.

Não é nosso objetivo questionar ou mesmo abordar os aspectos éticos, morais, humanos, enfim, do modelo antropológico que iremos citar, mas nos parece inequívoco que neles se operaram relações de subsidiariedade, com observância de autonomia nos níveis do *bem comum* que remontam ao cooperativismo inglês.

Falamos, pois, dos *Kibutzim* (forma de coletividade comunitária israelita), cuja finalidade inicial seria a de trazer e distribuir bem estar moral para todos os seus membros, consagrando a ideia de um ser humano chamado à sua plenitude individual a partir da vida social, em que a família e a vida privada eram tidos como conceitos antagônicos (o próprio casamento era tido como uma espécie de exclusividade estranha à vida comum), vivendo-se um coletivismo que se pretendia autossuficiente. Nisso, não vemos uma expressão de dignidade da pessoa humana da qual decorre uma dimensão

¹²⁶⁹ Não é por outra razão, ilustrativamente, que a Constituição Federal Brasileira, de 1988, reconhecendo-a como a base da vida social, confere-lhe especial proteção, podendo-se, aqui, fornecer (e não exaurir) vários exemplos, desde a impenhorabilidade da propriedade familiar, como sua tomada como padrão na fixação do salário mínimo nacionalmente vigente; como fundamento da seguridade social, levando seus padrões éticos e morais em conta ao delimitar os horários e os conteúdos de programas de rádio e TV. Por outro lado, impõe-lhe a condição de primeiro garante na proteção e nos cuidados dos idosos, como a função de formação integral das crianças e adolescentes.

social constitutiva, sem abrir mão da primazia do ser individual, dotado de consciência moral e linguagem, apto a determinar seus próprios fins.

Ainda fora do âmbito estatal, pois não chegamos nesta análise específica, no papel do Estado, em termos de subsidiariedade, como eficiente sociedade privada e intermédia na realização do *bem comum*, importante falar da subsidiariedade que opera em nível de *cooperativismo*, em especial, porque, desde a sua compreensão mais remota, ele tem como fundamento e finalidade o desenvolvimento da pessoa humana.

O fim da cooperativa é a pessoa e não o lucro. Elas constituem associações que estão a serviço dos seus membros e se prestam, como adverte Wambert Gomes Di Lorenzo¹²⁷⁰, “*para que o seu desenvolvimento econômico seja, no mínimo, igual àquele que teria individualmente*” cada associado. Se houver lucro, este pertence aos associados, e não à cooperativa, razão pela qual o cooperativismo pode ser afirmado como uma das mais expressivas manifestações do princípio da subsidiariedade, porque, segundo uma perspectiva personalista, não é monopólio de um empreendimento associativo com vistas ao interesse pessoal de seu dono.

A sociedade política tem por fim o *bem comum*, isso determina que o Estado não seja um fim em si mesmo, mas um meio para a realização dos fins da sociedade política. Em uma palavra: não é o homem que existe para a sociedade política, mas esta que existe para o homem; logo, também não é a pessoa que existe para o Estado, mas o Estado que existe para a pessoa. Pensar o contrário instrumentaliza o ser humano e, reificando-o, dele subtrai a condição de pessoa, como assistimos ocorrer em passado não tão distante, em que o ser humano foi encarado como supérfluo e descartável, como ainda assistimos acontecer em vários recantos deste Planeta Terra, onde, diuturnamente, nos deparamos com o cabal desrespeito e desconsideração de pessoas, com violações recorrentes de suas respectivas dignidade.

Desde uma perspectiva subsidiária, pode-se fazer uma crítica à postura do Estado Providência, estruturado em paradigmas assistencialistas em que o Estado se substituiu ao homem na sua autorresponsabilidade pela realização de seus fins. E sendo certo que o Estado Social surgiu para resolver o problema da questão social, como ferramenta política de correção de desvios em face da justiça e da solidariedade, o fato é que o seu paradigma individualista, e não personalista, ensejou-lhe uma certa degradação e crise em sua pretensão de ser, como um todo social, o primeiro garante de toda a felicidade, mesmo em sua sinonímia com a dignidade, desconsiderando o princípio da

¹²⁷⁰ In *Teoria do Estado de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2010, p.118.

subsidiariedade, assumindo tarefas da sociedade política, das sociedades intermédias, das comunidades, da família e da própria pessoa, desacreditando na capacidade do homem realizar os seus próprios fins com o apoio ou o auxílio que se impõe, pelo dever de solidariedade, aos estratos sociais de menor amplitude de realização do bem comum, tornando-se, bem por isso, um *Estado Hércules*, parafraseando *Ronald Dworkin*, ou um Estado super-homem, em detrimento da modalidade negativa da subsidiariedade.

Com isso queremos dizer que o papel do Estado, mesmo na solução da questão social, dever seguir a regra da subsidiariedade, ou seja, atuar, de modo subsidiário, em face da dignidade da pessoa humana, e isso lhe dá a incumbência de disponibilizar todos os bens necessários para que cada indivíduo, cada grupo intermédio, cada comunidade política, realizem os seus fins. Daí a correção de Wambert Gomes Di Lorenzo¹²⁷¹ quando afirma, com propriedade, que “*o fim imediato do Estado é o bem político*”.

Porém, considerando que a humanidade não se esgota nos quadros estatais, bem se poderia perquirir qual o papel do Estado como um estrato social de uma comunidade de humanos? Haveria um *bem comum universal* a atingir e que também se sujeitaria ao princípio da subsidiariedade?

E a resposta é afirmativa: sim, pensando em uma comunidade de seres humanos, em uma unidade social global, desde a perspectiva de que a complexidade das relações humanas e sociais ultrapassou a fronteira dos Estados, relativizando o inquebrantável conceito de soberania, é mais que possível, aliás, é necessário pensar em um *bem comum universal*, já que todas as pessoas se igualam em natureza e dignidade e estão entre si ligadas.

Esse bem comum universal, desde uma regra *jus cogens* de solidariedade, enquanto forma de expressão de dever fundamental de justiça, ou um imperativo de solidariedade, independente de qualquer positivação, manda cada Estado soberano agir, segundo o princípio da subsidiariedade, direta ou indiretamente (por meio de organismos internacionais), em apoio à realização da dignidade da humanidade de sociedades políticas além de suas fronteiras, ou seja, independente de localização, da forma de Estado que adotem, ou do regime de governo a que estejam submetidas, enfim, quando, em razão de insuficiências ou incapacidades, não possam, por si sós, realizar seus fins, tais como ocorre, ilustrativamente, em casos de fome (o direito fundamental à alimentação), de calamidades e de guerras, ou quando em causa o ambiente, a

¹²⁷¹ In *Teoria do Estado de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2010, p.125.

democracia e a paz (direitos doutrinariamente ditos como de terceira e quarta dimensões) que, destarte, são *bens comuns* de toda a humanidade.

E a paz, vale sublinhar, não se realiza sem justiça (e, portanto, não se realiza sem a solidariedade, uma de suas formas de expressão). Se a paz é condição necessária para o reconhecimento e efetivação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais do homem, seja no âmbito de cada Estado soberano, seja em nível de Comunidade Internacional, seu conteúdo não é realizável sem justiça e solidariedade. Se “*Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico*” segundo Norberto Bobbio¹²⁷², porque “*sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia*” e “*sem democracia não existem condições mínimas para soluções pacífica dos conflitos*”, então, não é menos verdade que esse conjunto de pressupostos não pode prescindir da justiça que, sem embargo de outras formas, se expressa pela solidariedade delimitada segundo a lógica da subsidiariedade sob pena de tolher a autonomia da pessoa e ser a antítese dos fins que almeja atingir: a dignidade de todos e de cada pessoa.

Por fim, podemos afirmar que a solidariedade, operando segundo o princípio da subsidiariedade, vinculando assim, as entidades públicas e privadas, revela, na contemporaneidade, se não integral, ao menos em boa medida, uma segunda revolução copernicana: a dessacralização da liberdade da Modernidade ou, no mínimo, impondo a sua leitura em outros paradigmas, como resultado de uma consciência jurídica universal dos direitos humanos e dos valores axiológicos superiores que eles enfeixam.

Cuida-se de uma mutação na direção de um Direito ético, já não só centrado na ótica do individualismo e da liberdade individual, mas de uma dignidade da pessoa humana que consagra com a primazia da vida individual e que se conjuga, necessariamente, com o valor condicionante (porque depende da capacidade e das forças de cada estrato social) da igualdade, não apenas de forma, mas em seu aspecto substancial, reconhecendo a insuficiência e inaptidão de cada um, isoladamente, de alcançar a plenitude do desenvolvimento de sua dignidade - que, para o ser humano, transcende a mera existência física e biológica -, embora cada indivíduo seja apto a proceder a escolhas, formular preferências e conduzir a própria vida.

E a vida, a seu turno, foi também erigida a um valor universal que emergiu nos desdobramentos da liberdade. Juntos, liberdade e vida, tais valores universais da moral da Modernidade traduziram a própria ideia de dignidade da pessoa e de valorização do

¹²⁷² In *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campos, 1992, p.1.

indivíduo em face de seu pertencimento à espécie humana, o que o tornava merecedor de oportunidades de seu desenvolvimento como pessoa.

Entretanto, olhando para a realidade dos dias atuais e para o horizonte, sem tirar os olhos do passado, e o que ele nos mostrou em termos de atrocidades em termos de dignidade da pessoa humana, logo iremos perceber que o tempo contemporâneo não é o do isolamento, nem o individualismo pode desconhecer uma dimensão social que lhe é constitutiva e que integra a mesma ideia de dignidade; ao contrário, cuida-se de um tempo de absoluta interdependência e de recorrente aprofundamento das relações sociais, muito especialmente em face dos atuais processos de produção, consumo e urbanização, bem assim da comunicação generalizada e da globalização.

Portanto, nada difícil constatar, inclusive, pela capacidade individual de agressão do homem à sociedade e pela radicalização do risco social do convívio humano, que a emergência de interesses que não vinculam mais apenas determinados indivíduos ou determinados grupos, mas, ao menos em caráter potencial, a sociedade inteira acabou por afirmar um *bem comum universal*, culminando, também, por alterar a relação entre os valores universais da liberdade e da vida, este com primazia sobre aquele.

A pobreza, a miséria, a perene iminência de um holocausto nuclear (o que, como bem observado por Celso Lafer¹²⁷³, faz com que nenhum povo dessa terra possa sentir-se razoavelmente seguro de sua existência e sobrevivência), a crescente multiplicação das possibilidades de opressão que levam à corrosão da autoridade da lei, os avanços tecnológicos, as manipulações genéticas, a automação recorrente que torna seres humanos e comunidades inteiras supérfluas e descartáveis, a degradação ambiental, as guerras evidentes e dissimuladas, é que fundamentam essa dimensão social necessária e ainda realizadora da liberdade: a vida - “*o eixo da sociabilidade contemporânea*”¹²⁷⁴ - constitui o valor universal central da sociabilidade contemporânea, invertendo-se a postura moderna, pois, na contemporaneidade, a lógica é a da interdependência, com a assunção do risco e da vulnerabilidade que a sociabilidade traz consigo.

Com isso não queremos dizer que a liberdade não continue sendo um valor universal e indispensável à moral pós-moderna. Estamos apenas a sustentar que, nessa lógica contemporânea, ela sofre e precisa sofrer uma releitura. É como enfatiza Júlio

¹²⁷³ In *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. 1ª impres. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p.23.

¹²⁷⁴ Nas palavras de Júlio Aurélio Viana Lopes (in *A Invasão do Direito: a Expansão Jurídica sobre o Estado, o Mercado e a Moral*. São Paulo: FGV Editora, 2005, p.121).

Aurélio Viana Lopes¹²⁷⁵, ao sustentar que a liberdade contemporânea necessita ser “reinterpretada como a capacidade de busca do desenvolvimento pessoal, de realização das vocações próprias porque apropriadas ao sujeito. Ser livre não é mais a meta, mas o meio para, escolhido o caminho adequado, ser digno”. Logo, essa dignidade não faz nenhuma oposição à liberdade, mas a vida de um e de todos é o que lhe dá suporte.

Nessa releitura, as relações sociais já não são apenas estabelecidas entre indivíduos livres, cuja vinculação se dá somente na forma de troca de benefícios, por meio de um movimento duplo e simultâneo, uma espécie de mútuo entre parceiros e sua desvinculação parcial (porque a parceria só se dá entre os parceiros e só gera interdependência entre os parceiros) do restante da sociedade.

Ou seja, na Contemporaneidade, não podemos compreendê-la somente sob um modelo de cooperação que propicie alcançar objetivos próprios de cada um, numa espécie de tratar os outros como meios para alcançar os seus fins e vice-versa.

Nessa reinterpretação da liberdade, a dignidade da pessoa humana impulsiona, ou, ao menos, deve impulsionar o valor *vida*, e faz da liberdade um meio; ela impõe, pela coexistência da *liberdade* com a *justiça* (que tem na solidariedade uma das formas de expressão, como uma exigência de igualdade) uma valorização mais contundente da inserção do indivíduo na sociedade, em detrimento de sua autodeterminação.

Se “a liberdade era o fio moral das exigências de contratação direta nas corporações de ofício, de formação de sindicatos pelos trabalhadores, de divórcio pelo feminismo, de conservação da natureza pelo ambientalismo, de combate às discriminações negativas, enfim, das demandas sociais modernas”, como sublinha Júlio Aurélio Viana Lopes¹²⁷⁶, hodiernamente, a dignidade - da qual a liberdade é elemento essencial com primazia, mas não o único -, como anteriormente a definimos, o fundamento moral da responsabilidade tanto das empresas quanto da gestão participativa pelos trabalhadores; das famílias, do desenvolvimento sustentável, da promoção das ações afirmativas, das demandas sociais contemporâneas para a dignificação da vida, de modo que nela, a liberdade, ganhou relevo o seu viés qualitativo e não tanto quantitativo.

¹²⁷⁵ In *A Invasão do Direito: a Expansão Jurídica sobre o Estado, o Mercado e a Moral*. São Paulo: FGV Editora, 2005, p.117.

¹²⁷⁶ In *A Invasão do Direito: a Expansão Jurídica sobre o Estado, o Mercado e a Moral*. São Paulo: FGV Editora, 2005, p.119.

Portanto, como bem observa o mesmo autor, é a ética da vida que “*valoriza o cuidado da sociedade, por percebê-la como tão frágil quanto um jardim, cujo cultivo adequado e constante é essencial... A contemporaneidade é a situação em que os indivíduos são fortes (pelas inovações tecnológicas), mas a sociedade é fraca (pelo seu impacto social); em que o tempo tende a zero (pela instantaneidade das consequências) e o espaço, ao infinito (pela globalização)*”.¹²⁷⁷

Nesse contexto, em que se verifica, de certa forma, a subsunção da liberdade à vida, a centralidade desse valor universal tende a se deslocar, pelos princípios da solidariedade e da subsidiariedade, para o mundo vivido, ou seja, já não para o indivíduo abstrato¹²⁷⁸, mas para o homem real e concreto, de carne e osso e, segundo essa acepção, transportar-se para as relações cotidianas, com valorização do afeto e da amizade em cada estrato da vida social, onde a liberdade não encontra espaço senão para caminhar *pari passu* com a responsabilidade comunitária e com valores outros como segurança e justiça, que se exprime, em dada grandeza, como solidariedade, no âmbito da *Justiça Distributiva* e *Justiça Social*, que constituem seus modos de expressão.

Por isso nos consideramos autorizados a falar na existência, tão importante quanto necessária, de *um bem comum universal*, envolvente de uma gestão de valores que não se satisfazem com suas dispersões locais e, ao mesmo tempo, não se comprazem com uma uniformização global.

E, se considerarmos que, no Terceiro Milênio, uma Filosofia do Direito (sempre envolvente da ideia de primeiros princípios) - precisa se orientar segundo um paradigma do Direito que se afirme, necessariamente, no homem e em sua dignidade intrínseca, individual e social, como seu princípio fundante e teleológico - que já não opera

¹²⁷⁷ In *A Invasão do Direito: a Expansão Jurídica sobre o Estado, o Mercado e a Moral*. São Paulo: FGV Editora, 2005, p.120.

¹²⁷⁸ Como enfatiza Norberto Bobio (in *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Capos, 1992, p.68), a propósito de explicar os direitos do homem como um fenômeno também social, e justificar a multiplicação ou a proliferação, “*o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc. Em substância: mais bens, mais sujeitos, mais status sociais*, aquele, para além de ser um indivíduo, também pertence a uma família, a uma comunidade, a um grupo (aqui consideradas também categorias que reclamam especial proteção por revelarem diferenças específicas, novos personagens como sujeitos de direitos, ao lado do homem genérico e abstrato, este, sim, à evidência, compreendido como igual em liberdade a qualquer outro, ou, em outra formulação, com o direito a uma igual liberdade a de qualquer outro) de uma sociedade e que, de cidadão de um Estado em particular, transformou-se em cidadão do mundo.

segundo a lógica do *Poder*, de sua autoridade e de seu monopólio na produção normativa.

Então, é imprescindível que, nesse novo modelo filosófico, voltemos-nos, em nível mundial, ao valor da vida como existência (para além de uma realidade meramente física), subsistência e coexistência, assim como é razoável discutirmos criticamente os valores da justiça, não apenas como corretiva, mas, também e concomitantemente, em seu viés de igualdade substancial, de seres humanos portadores de uma igual dignidade, em que se funda solidariedade, consagrada ou não pelo Direito Positivo, muito especialmente em um quadro generalizado de crise de legitimidade do *poder*.

Júlio Aurélio Viana Lopes¹²⁷⁹ afirma que “a vida é um valor universal tão amplo quanto à liberdade”, e mais flexível e inclusivo que ela, apoiando assim a emergência de uma ética global e local, onde compreendemos não só a sua existência, mas, também, o valor da pessoa humana enquanto valor-fonte da ordem de vida em sociedade. Nela, apoiam-se os princípios da solidariedade, da subsidiariedade e do *bem comum*, para a realização da dignidade de todos e de cada um, que se impõe para além dos quadros de um momento histórico ou de um espaço geográfico, pois está acima das Nações e dos Estados, enfim, de qualquer sociedade política.

Só assim compreendemos ser possível conferir uma concretude esperançosa à própria ideia de dignidade humana, de direitos fundamentais e de direitos humanos, expressa a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, enquanto norma *jus cogens* representativa de uma consciência jurídica universal em torno dos valores axiológicos superiores e supremos que integram a tutela jurídica da pessoa e sua dignidade, de uma dignidade que é o fundamento moral da responsabilidade de cada um pelo destino da humanidade, de uma ética de vida que valoriza o cuidado imprescindível do todo para com as partes e da parte para com o todo, em que a própria vida seja tida como uma ideia-força, segundo uma compreensão de reciprocidade, plenitude e reconhecimento.

¹²⁷⁹ In *A Invasão do Direito: a Expansão Jurídica sobre o Estado, o Mercado e a Moral*. São Paulo: FGV Editora, 2005, p.120.

CONCLUSÃO

Discorrer sobre solidariedade em tempos egonarcísicos, em que, como nos desafia a meditar uma vez mais Mario Sérgio Cortella, *“estamos perdendo as perspectivas de uma convivência humana irmanada”* - tempos em que, *“cada vez mais ganham destaque outros ditados como ‘cada um por si e Deus por todos’, ou ‘cada macaco no seu galho’, ou ainda, ‘quem pariu Mateus que o embale’* -, não foi tarefa fácil, demandando ler, reler e, em muitos aspectos, *“nadar contra a correnteza”*, para desconstruir ideias consolidadas, adotando posicionamentos contrários aos de doutrinadores de escol pelos quais nutrimos imensa admiração.

Todavia, como pontuou Paulo Otero, *“a liberdade de divergir de quem aprende nunca pode tolher a liberdade de quem ensina, tal qual a liberdade de ensinar nunca pode deixar de respeitar a liberdade de aprender”*. É, portanto, dentro dessa perspectiva que podemos dizer que o processo histórico de afirmação da solidariedade acompanhou o processo histórico de afirmação da própria humanidade; a compreensão ao longo dos tempos em torno do homem, da pessoa, da sociedade, do poder e de seus limites, do Direito e seu conteúdo, do Estado, do Direito Constitucional, do fenômeno constitucional e da própria substância da dignidade da pessoa humana.

Tocante ao processo de afirmação da solidariedade ao longo da História é possível afirmar que não há um marco ou uma referência que possa simbolizar o momento exato em que o discurso solidarista teve início; porém, podemos seguramente sustentar que ele apareceu mais nitidamente como uma reação ao pensamento protagórico que preconizava o homem só, isolado, com sua própria verdade e indiferente ao outro; um humanismo radical, conformado por uma apatia moral, relativista ao extremo que, não obstante, forneceu a matéria prima ao desenvolvimento do pensamento liberal individualista que, sem embargo das críticas, serviu à conformação da dimensão subjetiva da dignidade da pessoa humana, segundo a compreensão do homem como ser único e irrepetível, um todo em si mesmo, como reconhecimento do poder da razão que Protágoras a ele atribuía, onde não havia espaço para falar em uma ordem suprema de valores e verdades absolutas em torno de nada, pois a consciência de cada indivíduo era o que determinava o que era verdade para si.

Embora pregasse, o Sofista, a relatividade total (e o indiferentismo) do conhecimento humano - preconizando o discurso dos fortes, em que vence quem o

domina, no âmbito da retórica, tenha ele o conteúdo que tiver -, Protágoras transplantou o jogo de opostos para as relações sociais, de onde surgiram polarizações e rupturas. Na temática da solidariedade, de vivência em sociedade, há que se observar que a dimensão social do homem, embora não reconhecida pelo pensador em comento, é condição de possibilidade de desenvolvimento da teoria do individualismo. Sem o outro, não há diálogo, não há retórica, não há convencimento pela força da persuasão, não há poder, nem vitória, pois o indivíduo só pode travar um discurso consigo próprio ou com sua própria consciência.

Já Platão, embora tenha ele sido um crítico do individualismo e o primeiro a pensar na generalidade ontológica de um modelo societário, em termos de afirmação histórica da humanidade e especialmente da própria solidariedade, pouco ele contribuiu nesse sentido, porque reduziu o ser humano a um gênero, um protótipo ou arquétipo humano, um modelo ideal que apenas aparentava ser, desprezando sua existência física, à medida que, em seus desenvolvimentos, o corpo humano não tinha valia, sendo, ao revés, um estorvo que aprisionava a alma e impedia atingir o verdadeiro conhecimento.

Demais disso, o modelo sócio-político platônico se apresentou como um modelo desumano, porque avesso às ideias de *justiça efetiva* e de *igualdade*, eis que Platão estratificou os seres humanos em superiores e inferiores, propondo que aqueles, os superiores, fossem os governantes, porque sábios e os únicos capazes de ascender à verdade pela Filosofia. Além disso, Platão demonstrou despreço para com os estratos menos abrangentes da vida coletiva (pela família, por exemplo), além de legitimar a escravidão.

Sobejam, portanto, elementos para sustentar que o modelo de República perfeita de Platão é carente de qualquer perspectiva humanista, porque, em sua centralidade, está uma busca de um *Bem absoluto* que despreza o ser humano em sua dignidade inalienável, sem embargo de ser um modelo que almeja primar, segundo afirma, pelo bem da coletividade.

Sem prejuízo da crítica, Platão teve o mérito de afastar a absoluta relatividade da verdade ao sustentar, ao revés de Protágoras, a sua existência, bem como a existência de uma *ordem de valores superiores e universais, atemporais e espaciais*, ideia que assumiu extraordinária importância para uma leitura da humanidade e da solidariedade, quando essa ordem superior de valores se deslocou de um plano cosmológico e divino para um paradigma antropológico e personalista, de um homem concreto, de carne e osso, primeiramente individual, mas, necessariamente social, reconhecido no pós-

guerra, um paradigma apto a sustentar a condição humana, a dignidade imanente do homem e sua dimensão necessariamente social, da qual decorre imediatamente a própria solidariedade.

Importa aqui renovar, por outro lado, um contributo de Platão: a perspectiva da imprescindibilidade de se compreender o texto para além do que está escrito, onde é imperativo se colocar na dimensão da coisa pensada e pensar aquilo que não está nele anotado (o que não está nos limites do texto; o que é implícito; a comunicação que ao texto subjaz) e que se furta a qualquer determinação. Essa lição tem repercussão prática no que respeita ao exercício do poder e de seus limites, uma vez que, não raras vezes, assistimos a intérpretes da Constituição operarem verdadeiras mutações constitucionais, fazendo letra morta daquela ordem axiológica de valores superiores que a dignidade da pessoa humana contém e exige, camuflando e promovendo, na via interpretativa, interesses privados, suscitando a questão da necessidade de controle desse desejo constitucional e de mecanismos de efetiva emancipação de vontades inescrupulosas no exercício dessa interpretação, assim como vontades não raras vezes disfarçadas do próprio legislador constituinte.

Examinando, na sequência, o modelo político-jurídico aristotélico, a fim de aferir a sua contribuição para a sedimentação do humanismo e, por conseguinte, da solidariedade, onde o princípio em tela ganha corpo e contornos efetivos de *deveres* ligados a uma finalidade existencial em que o homem é concebido como um ser político e social, e sua finalidade da vida coletiva é a de viver melhor, postura com a qual Aristóteles parece introduzir um princípio de bem-estar como integrante da dignidade do homem.

Por conceber, ao contrário de Platão, o homem completamente arraigado na natureza (jamais dela separado ou acima dela), o Estagirita foi pioneiro em sustentar que a sociedade política é um elemento natural da sociabilidade humana - postura decisiva para a afirmação da solidariedade -, inserido no próprio contexto de *justiça*; dele provém os primeiros informes em torno de conexão entre a *lei* e a *justiça*, uma vez que, da lei em si, sempre se pode predicar, em alguma medida, uma legalidade em que estejam excluídas as paixões e as inclinações pessoais daquele que a produz.

Aristóteles lançou, como há de se concluir, as bases da *justiça* e da *equidade* ao sustentar que a justiça não comporta apenas uma leitura ou uma única forma de ser compreendida, podendo, conforme a perspectiva de sua aplicação, atuar sob um ponto de vista corretivo (*justiça corretiva* - a de dar a cada um o que lhe é devido, conforme

uma *igualdade aritmética* -), ora segundo um entendimento de distribuição de riquezas (*justiça distributiva*, em que a lei é empregada como instrumento de igualização material, segundo uma *igualdade geométrica*, contemplando a ideia de que justiça é também tratar desigualmente os desiguais), ora segundo um modelo de *proporcionalidade* e de *igualdade substancial*.

A par das contribuições acima enfatizadas, o Estagirita pode, ainda, ser considerado o fundador de uma primeira ideia, um esboço, por assim dizer, de Estado de Direito, por consagrar um modelo de sociedade que, por ser necessariamente voltado a uma finalidade de realização dos fins do homem em sociedade (ser feliz), impôs ao exercício do poder político dos governantes uma limitação pelo Direito, postura que, ao lado da de equidade, constitui o cerne de todo o pensamento aristotélico, cujo principal traço filosófico sempre foi o equilíbrio.

Essas contribuições, contudo, não nos impede de concluir e de criticar o modelo aristotélico em alguns aspectos, pois ele ainda se insere em um paradigma de sociedade hierarquizada e escravocrata, o que, de plano, permite inferir tratar-se de um sistema que se apresenta desde logo divorciado de um verdadeiro humanismo centrado na pessoa humana.

Além disso, cuida-se de um modelo que contempla um homem abstrato que, embora reconhecido, pelo Filósofo, como dotado de inteligência, racionalidade e poder de escolha (livre arbítrio), não lhe reconhecia, na esfera individual, a liberdade efetiva de determinar os seus fins, pois, na proposição aristotélica, a sociedade política precede à família e ao próprio indivíduo, uma vez que a *pólis* constitui uma sociedade perfeita em seu modo de ver e conceber a natureza.

Por se tratar de um modelo edificado de modo hierarquizado e escravocrata, em que cada indivíduo exercia, no tal modelo social, uma função que lhe fosse própria, comungando da ideia de existirem homens superiores e inferiores, também é lógico concluir que o homem aristotélico era um homem funcionalizado e que a liberdade por ele concebida nada tinha de democrática, na medida em que nem todos os seres humanos tinham o direito de participar da vontade política em seu arquétipo democrático.

Já os Estoicos também nos legaram alguma contribuição no processo de afirmação histórica da humanidade. É verdade que eles pregaram um completo afastamento humano dos bens materiais - a matéria era compreendida somente como um mal

necessário para a racionalização -, afastamento que seria necessário porque tais bens não representavam o verdadeiro valor da vida.

No tópico, o Estoicismo retoma a ideia socrática e platônica de desprezo pelo corpo, e o *bem-estar*, nesse contexto, se reduziu ao bem-estar espiritual, jamais envolvendo uma ideia de um conjunto de bens (inclusive materiais) para que um ser humano pudesse viver bem, melhor e feliz. Afinal, na percepção estoica, o ser humano de nada precisava, senão do mínimo necessário para manter-se vivo, no seu propósito único de existir que era o de pensar.

Por isso, na temática diretamente ligada à solidariedade, considerando que os Estoicos consagravam uma filosofia da *não-ação*, isso acabou por afastá-los de uma compreensão adequada de solidariedade que, a seu turno, enquanto uma forma de expressão da justiça, uma categoria imediatamente decorrente da dignidade da pessoa humana, caracteriza-se justamente por um tipo de postura social norteadas pelo empenho de todos e de cada um para o bem-estar material e imaterial de cada estrato da vida social em que se acham naturalmente inseridos, e que se concretiza por meio de deveres, de atitudes positivas, e não absenteístas, que emanam de uma consciência de que todos são responsáveis por todos e por cada um, podendo mesmo ser definida como aquela ação concreta em favor do bem próprio, primeiramente, e do bem do outro e, sucessivamente, do bem do todo.

Por outro lado, para o processo de afirmação histórica do humanismo e compreensão da dignidade humana, já não se pode dizer que os Estoicos em nada contribuíram.

Sem prejuízo de entender que obedecer a Deus correspondia exatamente à liberdade (entendimento centrado em um *jusnaturalismo divino*),- o que acabava por reduzir toda a vida humana a uma perene servidão a uma divindade-, é necessário considerar que a liberdade e a igualdade natural que os Estoicos proclamaram repousava somente no fato de que todos os homens participavam da razão divina, motivo pelo qual eles desprezavam todos os bens materiais, ao ponto de considerá-los a fonte de toda miséria humana, o que é plenamente compreensível ante a postura de desprezar o corpo humano e de valorizar a alma.

Em outro giro, importa sublinhar que os Estóicos foram os primeiros a conferir primazia ao indivíduo, em detrimento do estatuto do cidadão, assim como os primeiros conhecidos a consagrar o repúdio a qualquer ideia de superioridade natural entre os homens, inclusive nas questões políticas, notadamente, à altura, ainda com fundamento

último em Deus e não no próprio homem, uma vez que o pensamento Estoico se achava estruturado sob um Direito Natural divino que precedia a tudo e que forneceu as bases do próprio Direito Natural.

Além disso, o Estoicismo alicerçou a ideia de uma liberdade no interior da alma de cada homem - premissa de invulgar importância para a compreensão hodierna da condição humana e de dignidade -, notadamente nas vertentes de liberdade religiosa e liberdade de pensamento e de sua manifestação.

É possível, contudo, afirmar que foi a Era Cristã que evidenciou um momento mais incisivo no processo de afirmação histórica de construção de uma ideia em torno da condição humana e de uma dignidade que lhe é inerente e, por conseguinte, de solidariedade, tanto como valor, como princípio não só da ordem cristã, como da ordem social e jurídico-política.

Isso porque nela se engendra a noção de *pessoa* - o ser humano como uma unidade substancial, única e irrepetível, como princípio da igualdade essencial de todos indivíduos, independentemente das diferenças individuais e grupais que os seres humanos entre si possam ter, sejam elas de natureza biológica, social ou cultural, ideia que irá configurar, na contemporaneidade, como o núcleo do conceito universal de direitos humanos, segundo uma compreensão de direitos comuns a toda a espécie humana, a todo homem, enquanto homem; direitos que, bem por isso, resultam de sua própria natureza e que por isso independem de criação ou convenção política, porque fundados na dignidade imanente do próprio ser humano -, bem como a ideia de homem e de natureza que se assumem como um pensamento voltado para a universalidade cristã e, portanto, ambos vinculados a uma Teologia e a um Deus a governar os homens, segundo um matiz dogmático-religioso, porque Deus é tido como o criador de todas as coisas; é modelo de pessoa para todos os homens, fazendo-se, inclusive, carne, na personificação do Cristo. Bem por isso, o Deus Cristão detém o monopólio e o poder de vida e de morte sobre cada um, é dizer, de intervir e de dispor sobre o nosso destino e uma capacidade de gerir todas as coisas entre o céu e a terra.

Como criação divina, o homem é pessoa, porque compreendido como uma criatura humana cunhada por Deus à sua imagem e semelhança, elaboração que vai além da ideia de comunhão ou de participação (por meio da alma, como pensaram os Estoicos), eis que o homem, na Filosofia Cristã, reflete a própria divindade: os Cristãos reconhecem a importância dos ensinamentos morais de Jesus, dentre os quais, o amor a Deus e ao próximo (o amor de um pai em relação aos filhos e dos filhos em relação aos

seus irmãos), pois, sendo ele da mesma essência, para a maioria dos Cristãos, Jesus é completamente divino e completamente humano. É dizer, os filhos de Deus são irmãos em Cristo e contêm a sua mesma essência (daí advindo o seu fundamento para a igualdade, vinculado às ideias de cooperação e de reciprocidade, e da compreensão do dever de solidariedade para com o nosso próximo).

Operando uma ruptura com a Antiguidade Clássica, o Cristianismo se pautou pelo reconhecimento de que, em sendo o homem criado por Deus e à sua imagem e semelhança, cada pessoa humana carrega em si um valor sagrado, pelo simples fato de sê-lo. Por essa mesma razão, cada ser humano é dotado de uma entidade exclusiva, única, irrepetível e distinta de todos os demais seres, e de uma dignidade que lhe é inerente, em face de sua vocação eterna, pensamento decisivo para a compreensão do humanismo.

O Cristianismo reconheceu em cada ser humano a existência de um espaço de liberdade (já não só de pensamento), como um conjunto de direitos inatos que são inalienáveis, irrenunciáveis e inderrogáveis, e que impõem limites à atuação do poder político-jurídico ou qualquer poder privado, postura com a qual, como marco inicial, vai superar as divisões do mundo antigo e proclamar, pela igualdade (já que todos têm, perante Deus, uma igual dignidade, superando a divisão clássica entre livres e escravos), a universalidade desses direitos, eis que nenhum homem é servo de outro, razão pela qual a escravidão tem origem no pecado e não na natureza.

Aliás, em Santo Agostino (exponente da Patrística) vamos ver esse pecado e essa natureza como justificativas para a existência do Estado. É o que se infere de sua “*Cidade de Deus*”: antes do pecado original, a sociedade humana conheceu uma fase majestosa, de esplendor, acatando plenamente o Direito Natural (aquele Direito Natural divinizado); uma época dourada, em que todos os homens eram iguais, absolutamente puros, imortais e fraternos. E a lei natural nada mais era do que o reflexo da lei divina.

Entretanto, como resultado da queda, pelo pecado original, da *Cidade de Deus* surgiu a *Cidade Terrena*, onde o homem, por consequência e por responsabilidade do exercício de seu livre arbítrio (pois foi um ato de vontade; uma escolha, portanto), acabou por conhecer a miséria, a morte e o sofrimento, impondo-se, aí, o surgimento do Direito, do Estado e suas instituições, criados justamente em função dessa nova condição, em que o Estado tem por objetivo o de promover a paz, e o Direito Positivo se funda na *Lei Eterna*, que é sinônimo da Lei de Deus.

Justiça, nesse contexto, é *virtude*, sendo o elemento que Santo Agostinho reputa essencial do Direito, na medida em que, onde não há verdadeira justiça, também não poderá haver verdadeiro Direito, do mesmo modo em que não concebe povo nem República sem que haja igualmente justiça. Isso suscita, desde logo, a compreensão de um Direito como obra humana, feita pelo homem e para o homem, que encontra nele o seu fundamento e seus fins, e que antecede o Estado, como condiciona e limita o exercício do poder, além de lhe impor, como condicionante, ser justo.

No último momento histórico do Cristianismo, no Medievo, ele encontra esteio forte na Escolástica - do qual São Tomás de Aquino foi o doutrinador por excelência, buscando conciliar a filosofia aristotélica com os dogmas religiosos -, movimento verificado entre os séculos IX e XIV, e que pretendia usar os conhecimentos greco-romanos para entender e explicar as relações dessa religião oficial, especialmente num contexto histórico em que a Igreja se reservava o papel essencial de conduzir os seres humanos à salvação.

São Tomás de Aquino procede a reflexões profundas em torno do estatuto da pessoa humana, que irão se projetar sobre as ideias de “*bem comum*”, de poder, de Estado e, por conseguinte, de Direito e de Política.

O Aquinatense reconheceu que o termo *pessoa* expressa em si algo *absoluto*; no que respeita diretamente à afirmação histórica da solidariedade, ele também admitiu que a expressão *pessoa* traz em si, de forma imanente, um sentido de *relação*, comungando com a concepção aristotélica em torno da natureza intrinsecamente social do homem. Cada pessoa é, em São Tomás de Aquino, dotada de uma substancialidade, de uma individualidade, de uma singularidade e de uma racionalidade, características essas que a torna distinta de todos os demais seres humanos e que existe independente deles. A pessoa é o que existe de mais perfeito na criação de Deus, daí a superioridade do homem em relação às demais criaturas que na natureza existem.

Ao mesmo tempo, São Tomás de Aquino reconheceu que o homem possui uma racionalidade e uma vontade livre que, identificada como *livre arbítrio*, irá configurar o núcleo da sua qualificação como *pessoa*, daí, também, se extraindo o seu papel de sujeito ativo na seara da ordem do universo, em que pese predestinado por Deus (sua causa primeira), por um ato de amor. Como Senhor da Criação, só a Deus o homem deve obediência, uma vez que só nele encontra a sua felicidade. Logo, o Cristianismo fala de uma felicidade vinculada, predeterminada, que depende da obediência ao

Criador, ora por amor, ora por temor, o que, no particular, refuta a própria noção de liberdade.

O humanismo de São Tomás de Aquino ainda merece crítica, por aceitar a escravidão, ao admitir que um homem pudesse dominar outro homem, ou seja, que um ser humano pudesse usar outro ser humano para utilidade própria, funcionalizando-o, estando na esfera de liberdade do outro aceitar uma tal situação, o que o Aquinatense justificava por entender que a escravidão afetava somente o corpo (corruptível), sem chegar a afetar a alma imortal, que permanecia livre, entendimento que configura, em boa leitura, a antítese das ideias de pessoa humana e de sua inviolável dignidade.

E, se de um lado São Tomás de Aquino teve o mérito de introduzir uma postura conciliadora tendente a superar a dicotomia individualismo/personalismo e o universalismo/transpersonalismo, porque o seu fim último já não é o fim do indivíduo, mas está antes subordinado ao “*bem comum*”, segundo a perspectiva de que o ser humano é um ser social por natureza, ele é, também, parte da sociedade, sem embargo de ser pessoa e, enquanto tal, dotado de individualidade e racionalidade que lhe são próprias, teve, a nosso ver, o demérito de retirar de cada pessoa humana o direito de conformação dos seus fins.

Eis aí um aspecto do tomismo que merece nossa crítica. É que, no âmbito político, São Tomás de Aquino foi um fervoroso defensor de um modelo de Estado orientado à garantia do “*bem comum*” da sociedade - se lhe impondo um agir tal qual um pai, governando para o *bem comum* da sociedade, imbuído de uma missão ética de valorização da liberdade e dignidade do homem, cumprindo, assim, ao Estado, nos bens humanos materiais ligados ao corpo, definir o que seja o tal “*bem comum*”, e à Igreja, defini-lo no tocante aos bens sobrenaturais, ligados à alma.

Nada opomos à exigência desse modelo teórico de uma atuação do governante absolutamente vinculada à persecução do *bem comum* segundo uma compreensão do bem da coletividade, como fim último da Política. Aliás, esse é um dever, e neste aspecto, a doutrina Aquinatense só merece elogios.

O que nos afigura incorreto e incompatível com a dignidade da pessoa humana que a doutrina professa é admitir que Poder Político seja habilitado a definir o conteúdo do *bem comum* para cada indivíduo que, neste ponto de vista, fica asfixiado e privado, no tomismo, de um elemento essencial do homem e constitutivo da condição humana que é a liberdade, uma vez que do homem é suprimida sua autodeterminação em eleger os próprios fins: esses fins, no âmbito dos bens materiais, ficam ao alvedrio do Poder

Político; na seara dos bens sobrenaturais ou imateriais, na esfera de decisão da Igreja e, em qualquer caso, o homem deverá obediência a Deus. Esse *bem comum*, nos desenvolvimentos teóricos do Aquinatense, nunca é de meios, mas dos próprios fins; a busca da felicidade se dá apenas de maneira reflexa sobre o indivíduo.

Por melhor que possa parecer a intenção e por mais que tal doutrina tomista pugne por uma responsabilidade individual de cada ser humano pelo destino de seu semelhante, e pelo dever do Estado em velar pelo *bem comum*, a proposição de retirar do homem o direito de se autodeterminar quanto aos seus fins, fulmina a liberdade e se afasta de uma adequada dignidade - sem isso, não há falar em verdadeira solidariedade - pois coloca o Estado e a Igreja na condição de definidores do que para o indivíduo é felicidade ou do que seja para ele o “bem”, com a correlata responsabilidade pelas consequências de suas escolhas.

Vale ainda acentuar que, nesse modelo político, vinculando a atuação do poder estatal ao *bem comum* da sociedade - cujo teor deve ser decidido pelo próprio Poder Político e, especialmente, pelo Poder Eclesiástico -, se a atuação política se afastar desse mandamento e se enveredar para uma atuação em prol do interesse privado, ainda que configuradas situações de excessos intoleráveis de tirania, mesmo aí, não se admite iniciativas privadas para matar o tirano (vingança privada).

Mas, em certa interpretação, o Aquinatense admite os direitos de resistência e de desobediência no propósito de destituição do poder despótico, como a possibilidade de aplicação por uma autoridade pública, da *pena de morte ao opressor*, o que, neste aspecto, revela uma antinomia do reconhecimento de uma verdadeira dignidade humana da qual não se despoja um governante, ainda que usurpador de seu dever de obrar na busca do “*bem comum*”.

Disso, porém, retira-se, ao menos à partida - considerando que a lei humana deve traduzir uma ordem cujo objetivo seja a utilidade e o *bem comum* -, um reconhecimento geral de desobediência das leis injustas, que contrariem o *bem comum* e também a lei divina, o que, de certo modo, se projeta na ideia de uma *supralegalidade* e de uma consciência jurídica universal de valores axiológicos superiores integrantes da ideia mesma de Direitos Humanos e de dignidade da pessoa humana, a limitar e deslegitimar atuações despóticas da vontade estatal desviante na contemporaneidade.

O presente estudo não nos deixa esquecer, contudo, que a Igreja, sedizente mediadora entre o Criador e a Criatura, muito embora tenha idealizado o conceito de pessoa nos termos examinados, travou guerras sanguinárias, perseguiu, torturou e matou

aqueles que ousaram contrariar os seus dogmas, colocando em causa o humanismo pregado em sua liturgia.

Já a Modernidade operou uma verdadeira descontinuidade epistemológica do pensamento Cristão, de um Deus a comandar todas as coisas, como engendrou a ideia e o surgimento de um Poder Político centralizado, denominado Estado, assim como promoveu um resgate absoluto do individualismo.

Em que pese a existência do homem se confundir com a própria noção de conjugação de esforços para a melhoria ou facilitação das condições de vida de cada um dos indivíduos formadores do grupo; embora a história demonstre, também, de modo irrefutável, que, desde os primórdios, o homem se preocupou com seu destino e com o destino de seu grupo, uma preocupação tanto individual como social, fazendo certo que as atenções com o bem-estar, próprias e coletivas, também acompanharam a história da humanidade, não sendo exagero afirmar que o próprio bem-estar - que se aflige não apenas consigo, mas, igualmente, com as demais pessoas que cercam cada indivíduo - é algo inerente à pessoa humana e, em assim sendo, integral, de algum modo, a sua dignidade imanente. A Modernidade, assim, vai romper com essas ideias, assim se emancipar do *jusnaturalismo cosmológico* ou *divino*, bem como com qualquer estado de natureza que não se funde na razão humana.

Desde a pré-história, verificamos que, em alguma medida (como um prenúncio da solidariedade), o homem teve necessidade de se reunir em grupos para compartilhar a caça e a pesca, como para se defender dos infortúnios.

Porém, a Modernidade repudiou essa realidade: em um ambiente de exaurimento do modelo feudal, de *descontinuidade epistemológica* com o *jusnaturalismo divino* que lhe foi característico, isto é, com o advento de uma forma absolutamente nova de pensar o mundo (aí incluindo o Homem, a Sociedade, a Igreja, o Poder Político e Jurídico), dissociada, ou melhor, em oposição à do teocentrismo medieval, esse novo tempo vai estar estruturado sob um *antropocentrismo individualista* (que propunha um reencontro entre o Homem e a Filosofia e um *jusnaturalismo antropológico*, ou seja, de centralidade na razão humana), desencadeador de movimentos como a *Reforma*, o *Renascimento* (ou Renascença) - marcados por uma renovação literária, artística e científica, como uma espécie de retorno ao pensamento da Antiguidade, em que o homem, já não Deus, como no Medievo, ocupava o centro das atenções - e, nomeadamente, o *Iluminismo* (“Século das Luzes” ou “Idade da Razão”), onde A razão é eleita como o próprio método de se chegar à verdade.

No âmbito jurídico-político, sedimentam-se pensamentos que negam a sociabilidade natural como constitutiva do homem. O ser humano, isolado e abstrato, já não é compreendido como um ser gregário por natureza, mas um indivíduo que sente a necessidade de ingressar para a sociedade civil, por consenso, segundo acepções contratualistas, com diferentes fundamentos, concepções e conformações, em contexto em que foi se perdendo o elemento relacional inerente à condição e à essência da pessoa, substituída que foi pela noção de *indivíduo*, onde já não existia mais espaço para se falar *em igualdade substancial*, um momento histórico em que a ordem divina e tradicional que organizava toda a vida comum cedeu lugar à liberdade do ser humano, como princípio e valor fundamental da organização social e política.

Nessa nova conformação, especialmente a partir das teorias contratualistas de Hobbes, Locke e Rousseau (para a fundamentação do surgimento do Estado) e do *modelo kantiano de dignidade humana*, o ser humano é pensado essencialmente - e a partir dele mesmo -, como titular de direito inatos, pelo simples fato de sê-lo; já não é mais compreendido como um *devedor* perante Deus, nem para com os seus pares (antes, irmãos em Cristo), ou melhor, já não é mais visto como titular de obrigações autônomas, nem para consigo mesmo, nem para com os seus semelhantes e para com o seu meio social, tampouco como um ser dotado de uma sociabilidade intrínseca.

Não há mais ambiente para pensar no *bem comum*, muito menos no bem da coletividade. O homem já não é concebido como subjugado a uma deidade, ao Deus Cristão ou a quem quer que seja, pois encontra seu fundamento em si mesmo, na razão humana, como ser pensante, inteligente e racional.

A solidariedade, nessa mesma senda, já não pode ser compreendida como uma virtude indispensável nas relações com os grupos, própria dos grupos primários cujo modelo típico tem sido constituído pela família, e tampouco é vista como dever autônomo, porquanto compreendida como uma obrigação eminentemente moral (não jurídica, nem política) ou como caridade, e, portanto, sem caráter vinculativo ou cogência, marca distintiva entre a Lei Moral e a Lei Positiva.

Esse projeto, convertido em um processo, envolveu, sucessivamente, a separação entre a Fé e a Ciência, entre a Igreja e o Estado, entre o Estado e a Sociedade Civil, entre a Economia e a Política e, finalmente, entre a Moral e o Direito.

Para esse novo modelo, foram decisivas as contribuições de Nicolau Maquiavel que viriam a subsidiar o modo de atuação para manutenção dessa nova visão política e sua reestruturação para afastá-la da interferência da Igreja, fortalecendo o poder

político, acabando por criar um roteiro ou um manual (em “O Príncipe”), com vistas a ensinar o Soberano como deveria governar e como deveria viver para que se mantivesse no poder, ou seja, uma *ciência de governo*, que rompia com qualquer ideia de *ética* ou *justiça* como fundamento do Estado: o Príncipe não deveria ter outro objetivo e nem ocupar o seu pensamento com outra coisa que não fosse a arte da guerra, da organização e da disciplina militar (que demandava rigorosa obediência), para o que haveria de aprender a não ser bom e se servir disso, ambiente do qual nada se pode extrair em termos de solidariedade, porque justiça (de onde predicamos a solidariedade, como uma forma daquela se expressar), nessa proposição, se reduz ao poder.

Dentre outros pensadores que contribuíram no processo histórico de afirmação do humanismo e, nesse contexto, da solidariedade, merece referência, em sede de conclusão, o pensamento de Tomás Morus que, em oposição a Nicolau Maquiavel, retomando o pensamento humanista de Marsílio de Pádua, irá descrever, criticamente, um *modelo ideal* de sociedade existente numa ilha imaginária chamada a *Ilha da Utopia* que, não obstante constituir o suprasumo do bem-estar conforma um modelo estatal asfixiante da liberdade individual, que ignora o diferentismo humano, fornecendo, com seus desenvolvimentos teóricos, em larga medida, as bases tanto do pensamento *rousseauano*, em termos de Democracia, como do Socialismo dos Séculos XIX e XX e da própria Doutrina Social da Igreja (a fomentar o Estado Social ou Estado do Bem-Estar).

Seu pensamento, evidentemente, representa um processo contra a injustiça social e a esperança na redenção do homem; por isso, vale sublinhar sua relevância no processo de afirmação histórica da solidariedade, uma vez que ele consagra, efetivamente, o bem-estar; não por outra razão Tomás Morus é assente de que existe, na *Ilha da Utopia*, uma série de instituições que ele desejaria ver operando nas práticas sociais em outros países.

Contudo, não se perca de vista que, mesmo no paradigma de perfeição da *Ilha da Utopia*, no tal modelo ideal de sociedade, permitia-se que um homem se servisse de outro homem como instrumento, pois admitia a escravidão, ainda que mitigada, tudo a configurar um modelo político contrário à própria ideia de pessoa humana e de sua dignidade imanente, como podemos concluir. Além disso, Tomás Morus admitia, em seu modelo imaginário, tratamento degradante ao ser humano “capturado na guerra” ou que não seguia suas regras, impondo-lhe o uso de metais estigmatizantes repudiados pelos utopianos.

Em síntese, a sociedade ideal da *Ilha da Utopia* caracteriza um modelo de Estado que, se de um lado, supervalorizando a dimensão social e a vivência coletiva do homem, buscando realizar a igualdade material e o bem-estar segundo um padrão de plena satisfação de todas as necessidades materiais de todos os concidadãos, sinalizando, ainda, para um esforço coletivo nessa construção, ela caracteriza, também, e ao mesmo tempo, um modelo de *Estado de não-liberdade*, um exemplo sufocante de um bem-estar predeterminado, que, embora não tirânico ou totalitário, despreza a condição de pessoa humana, nega a ela a sua dimensão individual, assim como parte constitutiva da mesma dignidade (em sua acepção do homem como um todo em si mesmo, detentor de toda a humanidade e como uma substância individual), no que se insere o direito de definir para si o conteúdo de felicidade e de determinar-se segundo esse entendimento, pois, nesse modelo de sociedade ideal, ela é colocada inteiramente nas mãos de terceiros, isto é, já não de *Deus, o todo poderoso*, mas do seu substituto, nesse modelo, o Estado titular desse poder.

A inicial concepção convencional do Estado proveio do pensamento do britânico Thomas Hobbes, o primeiro contratualista e teórico do Absolutismo, em cujo contexto a ideia de liberdade e de solidariedade são inexistentes, porque o homem, em estado de natureza e regido pelas leis da natureza, é mau; vive em constantes disputas, em estado de permanente beligerância. Para autopreservação ou autoconservação, ele consente em ingressar para a sociedade civil, colocando toda a sua liberdade nas mãos do Monarca. Em Hobbes, as leis naturais que englobam a *equidade*, a *justiça* e a *honra*, obrigam o indivíduo apenas internamente, sendo, portanto, de foro íntimo, não refletindo qualquer dever ou responsabilidade dele pelo destino do seu próximo.

Já ao ingressar para a sociedade civil, o homem deve ser governado por uma *lei positiva* ou uma *lei civil*, ditada pelo Soberano, pois somente ele, enquanto expressão da razão humana poderá emaná-la, prescrevendo-a e fazê-la cumprir pela coerção. *Lei e liberdade* são conceitos que não podem jamais coexistir, por serem antitéticos. *Onde não existe lei civil, também não há justiça*. Esta tem como pressuposto a existência da lei; e o Estado, a força para legitimar a imposição de sua obediência.

O Soberano (detentor exclusivo do poder político) governava, nessa proposta, com essa autoridade que, pelo contrato social, lhe foi concedida pelo povo, para que os indivíduos fossem protegidos da violência e do caos de seu estado de natureza. Essa soberania, portanto, não constituía um fim em si mesma, mas um produto do medo.

Já o contratualista John Locke enxergou o Estado como uma ficção, forjada por uma *opção*, apenas levada a efeito para tornar factível a vida coletiva em segurança, pois, diferentemente de Thomas Hobbes, distingue o estado de natureza do estado de guerra, assente na ideia de que não é apenas possível, como é mesmo aceitável, um estado de natureza concebido sob o enfoque de igualdade e de uma perfeita liberdade, edificado segundo uma noção de que ninguém deve prejudicar a outrem, nem sua vida, nem sua saúde, tampouco sua propriedade, sua liberdade e seus haveres, todos devendo se empenhar enquanto seres que acreditam constituírem obra do mesmo Criador, com vista à preservação da humanidade.

Também em John Locke, verifica-se que o poder político não é um fim em si mesmo, pois ele se acha vinculado a uma justiça que com ele não se confunde nem se fundamenta na mera existência do poder; antes, possui vínculos apriorísticos, prévios à sua própria instituição, em que o poder político encontra seu fundamento, seu critério e seus limites numa *justiça substantiva* identificada com a “lei da natureza”, em que os homens se reconhecem como iguais e não licenciosamente livres, é dizer, não desregradamente libertos, que não devam cumprir normas. Esse poder político será ilegítimo, se negar a sua própria razão de ser, isto é, quando se afastar de sua finalidade que é a de preservação da humanidade, numa ideia já distanciada de um estrito mecanicismo naturalista.

John Locke não se preocupou apenas com a autopreservação, com a mera subsistência física do homem, mas, e essencialmente, com a preservação da humanidade segundo Lei da Natureza, já não circunscrita a uma configuração meramente biológico-instintiva (como na proposição hobbesiana), e que antecede a própria existência do Estado e do poder por ele teorizado. Cuida-se de um pressuposto que precede inclusive a sua formulação de adesão dos homens ao contrato social fundador da sociedade lockeana, em que o estado de guerra conforma uma degeneração do estado de natureza, e só a razão não era suficiente para garantir a liberdade e a paz dos homens: como cada homem é juiz de si mesmo e dos outros, cujas ações avalia e pondera, existiria sempre um grande risco de degeneração e de desvirtuamento para o estado de guerra. Por esse risco é que o homem ingressou para a sociedade civil e se submeteu ao poder estatal (ao poder político).

Em John Locke, portanto, quando o homem ingressou na sociedade civil, ele conservou seus *direitos naturais*, dentre os quais, o *direito à vida*, à *liberdade*, à *segurança* e à *propriedade*, contribuição lockeana decisiva no processo de afirmação da

dignidade humana e dos direitos fundamentais (ao menos no âmbito de sua primeira dimensão) de cunho negativo como categoria inata do ser humano, especialmente pela influência que produziu sobre outros autores iluministas.

Tais direitos naturais, na visão de John Locke, eram direitos irrenunciáveis, inalienáveis, e quando o homem decidiu ingressar para a sociedade, ele os trouxe consigo; cuidava-se, portanto, de direitos anteriores ao Estado e decorrentes de sua condição ou de sua natureza humana, cumprindo ao ente estatal tão somente respeitá-los e protegê-los. Esta era a razão de ser do próprio *poder político* centralizador.

A crença na existência de direitos do homem anteriores e superiores ao Estado, insuscetíveis de serem criados pelas leis civis, comportando apenas reconhecimento e proteção estatal, fez da doutrina de John Locke uma teoria especialmente preocupada com o problema da autoridade e o da contenção do poder.

Cuida-se de um novo modelo estatal, o primeiro Estado (formal) de Direito, o Estado Liberal, o marco de surgimento do *Constitucionalismo* e a ideia de *Constituição*, àquele tempo, vista como produto da doutrina liberal e como mero lócus de definição dos direitos dos cidadãos (oponíveis) em face do Estado - detentor da soberania e titular exclusivo (monopólio) da normatividade jurídica à qual ele próprio estava submetido -, ou seja, um lugar onde deveriam se achar consagrados a organização do poder e seus limites, promovendo um reduto de liberdade em que o Estado não poderia adentrar, sendo mesmo a ele oponível pelo indivíduo.

John Locke, desse modo, em que pesem as insuficiências de sua teoria no que pertine à solidariedade, teve o mérito de apresentar uma compreensão de *poder* que buscava organizar o Estado e a sociedade de acordo com a razão e com a vontade, visando demonstrar que autoridade-liberdade se fundava, nessa perspectiva, numa autovinculação dos governados (um contrato) por meio da qual o pensador inglês, nutrido de tais aspirações, acabou lançando as bases jurídicas do pensamento iluminista do Século XVIII.

O modelo político-jurídico lockeano também consagra um poder central, detentor da soberania e titular exclusivo (monopólio) da normatividade jurídica; nele, subsiste uma atmosfera voluntarista burguesa que alimentava esse Estado Jurídico em que o homem, individualmente pensado, foi supervalorizado, numa espécie de despertar de consciência para a importância da liberdade humana, a partir do que foram sendo engendradas técnicas de poder, dando surgimento à ideia de *poder legal* tão caro ao

Positivismo Jurídico que albergou esse modelo de Estado como fruto da vontade geral (não obstante a democracia representativa) e a lei como produto da razão humana.

John Locke, para dar sustentação a essa ideia, foi precursor em pensar um sistema *infallível* de garantias contra o arbítrio e a prepotência, desenvolvendo um princípio de *Teoria da Separação dos Poderes* como princípio de organização do seu Estado Constitucional (acabando por fornecer as bases para sua sistematização adiante promovida por Montesquieu), segundo uma ideia que fragmentação.

A doutrina do Estado Liberal restou corroborada pelos desenvolvimentos filosóficos de Immanuel Kant, que, se de um lado, foi de grande valia para a construção do humanismo por agregar ao conceito de pessoa um elemento ético, defendendo que cada ser humano tem uma dignidade inviolável, por ser único, irrepetível e insubstituível por outro; que tem um valor intrínseco, não podendo, por isso, ser funcionalizado como um meio para atingir um fim, porque ele é um fim em si mesmo, postura filosófica que até os dias atuais sustenta a ideia de Direitos Humanos de primeira dimensão, por outro lado, acaba por promover, com o seu imperativo categórico e com o seu formalismo, uma proposta de separação absoluta entre a Moral (interna) e o Direito (identificação com a Lei), preconizando a obrigação de sua obediência, tenha ela qualquer conteúdo, inclusive a lei injusta.

O formalismo kantiano, conducente à ideia de obediência à Lei, independente de seu conteúdo, porque isso é o que considera justo, também encontrou consagração no contratualismo de Jean-Jacques Rousseau, nomeadamente em razão do elemento democrático introduzido pelo seu *contrato social*, segundo uma nova conformação, pois nele, os homens concordam em ingressar para a sociedade civil, abrindo mão de toda a liberdade que tinham em seu estado de natureza.

Porém, na proposição de Rousseau, a liberdade humana não é alienada em função de um terceiro, mas a um “Corpo Social” do qual ele próprio faz parte, segundo uma proposição de democracia representativa, concentrada, à evidência, no Parlamento, arrematando, assim, o ideal do Estado Liberal ou o Estado formal de Direito.

No novo perfil do Estado Liberal, notadamente pelo *Parlamento* (em Rousseau, divinizado e o único legitimado na produção normativa, o novo Soberano, único capaz de traduzir, com fidelidade, a *vontade geral* da sociedade em norma jurídica), paradigma ainda alimentado pela fragmentação do Poder, pela sua divisão, aos moldes sistematizados por Montesquieu, a Lei posta pela autoridade estatal (produto da vontade humana) foi se tornando a fonte exclusiva da verdade jurídica.

Falamos de um Direito idealizado segundo um modelo que, a nosso ver, a pretexto de estar a serviço da liberdade, da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais de primeira dimensão, ou seja, do homem abstrato, em realidade sempre esteve a serviço do Poder (do homem burguês que a ele ascendeu), apenas que, à altura, tratava-se de um Poder deslocado dos interesses do Monarca para os interesses da burguesia, camuflados na tríade revolucionária (liberdade, igualdade e fraternidade), que nunca correspondeu à realidade fática de sua teleologia.

Cuida-se de um Direito, compreendido como Lei, dissociado da ideia de justiça e de valores axiológicos superiores em torno da dignidade do homem, como fonte exclusiva da verdade, uma verdade que não passa do Direito segundo a vontade do mais forte, aquele que consegue colocar num figurino legal o que representa o seu desejo e os seus interesses, com a facilidade da democracia representativa que, em Rousseau, nada tinha, como vimos, de *democrática*, porque nem todos os seres humanos estavam legitimados a participar da vida política: o objetivo do tal “governo de leis”, em oposição ao “governo de homens”, só deslocou a forma de exercício do poder, mantendo a ideia de domínio e de imposição da vontade por meio dela. É nesse sentido que conduz o seu conceito formal de Direito - desvinculado da Justiça -, que, pelo princípio majoritário, se legitima pelo mero procedimento e é admitido como válido pela simples razão de emanar de uma fonte Estatal legítima.

Em que pese Rousseau sustentar, no plano teórico, que todos os homens nascem livres e iguais, acreditando que, ao ser senhor dos outros um homem não deixa de ser mais escravo que eles, sua teoria é alheia ao discurso solidarista, que, destarte, define como um mero impulso interior de *comiseração*, sem caráter vinculante, sem natureza de dever, sem imperatividade, nem para o Poder Estatal, nem entre os seres humanos entre si.

Ou seja, embora Jean-Jacques Rousseau tenha considerado haver, no homem, uma inspiração de “*uma repugnância natural ao ver perecer ou sofrer todo o ser sensível*” (um discurso bem semelhante ao de David Hume que enxergou a empatia como inerente à condição humana), pretendeu negar a sociabilidade natural humana, pensando um modelo estatal avesso à noção de igualdade material e não se ocupou do conteúdo da dignidade humana como um todo, sendo, portanto, um Estado avesso à ideia de solidariedade, pois ele, assim como os demais construtualistas, não acreditava que o Direito Natural contivesse em si uma ordem ou uma organização; antes, era preciso uma separação completa entre esses dois mundos distintos (o da ordem da natureza e o

da ordem social), para que a ordem pudesse se estabelecer na convivência humana por meio da Lei. Nessa ordem social, a liberdade foi compreendida completamente despida de sua dimensão fática (efetiva e econômica), sem envolver uma responsabilidade do todo em relação às partes, nem das partes entre si.

Essa compreensão jurídico-formal insuficiente da liberdade como o único elemento a integrar a condição humana e a essência de sua dignidade, produziu uma legião de miseráveis, à medida que ela se prestava a contemplar os interesses de uma classe social e não da humanidade inteira.

Dita compreensão reducionista da liberdade conduziu ao surgimento das *massas*, do proletariado (e sua dominação pela dependência do capital, concentrado que restou nas mãos da burguesia que, ao tempo, havia também ascendido ao poder político) e, como consequência, da penúria, da exclusão social, uma vez que a liberdade que o liberalismo consagrou e afirmou era alheia a ideia de qualquer responsabilidade para além das escolhas individuais. Mas como falar de escolhas e de livre arbítrio para quem não tem alternativa? Como falar em autodeterminação e direito de ir e vir para quem não tem sequer o mínimo para assegurar sua própria existência física? Ir e vir de onde para onde?

É nesse ambiente que surge a questão social não apenas como problema do Estado, mas como um problema de toda a humanidade, fortalecendo-se, a partir de então, o discurso solidarista (embora ainda inadequado, porque, àquele tempo, não estruturado segundo uma responsabilidade não apenas do Estado, mas, também, de todos os seres humanos perante aqueles com quem compartilhavam uma mesma humanidade), proclamador de uma responsabilidade, primeiramente do Estado pelo destino da humanidade, impelindo uma postura estatal pró-ativa, já não de mera abstenção, que precisava se assumir com outro perfil: o Estado Social, provedor das necessidades da coletividade, agora incumbido de obrigações prestacionais na promoção do bem-estar social, conformando uma nova leitura da dignidade da pessoa humana, envolvente da velha ideia aristotélica de igualdade substancial, o que a doutrina aponta como a segunda dimensão dos direitos fundamentais (direitos sociais, econômicos e culturais), tratando-se, ainda, de um Estado Social em que, em sua racionalidade ético-política, as preocupações com a questão social continham uma matriz antropológica exclusivamente individualista, pouco considerando a dimensão social como constitutiva da condição humana.

Verificou-se, todavia, que essa nova conformação do Estado teve como causa não apenas o problema da desigualdade material; antes, como uma reação liberal e pelo medo frente aos movimentos socialistas e comunistas especialmente desencadeados pelos movimentos sociais do final do Século XIX, nomeadamente ancorados, filosoficamente, no pensamento hegeliano, bem como nas doutrinas de anarquistas (como Proudhon e outros) e de comunistas (como Marx e Engels), que colocavam em risco a propriedade privada, propondo a sua abolição, bem como a abolição do próprio Estado, ideias que encontraram acolhimento nos Estados Totalitários que diluíram o ser humano no próprio Estado, único locus da verdadeira liberdade para o homem, segundo a lógica do “*Tudo no Estado, nada contra o Estado, e nada fora do Estado*” (frase cunhada por Benito Mussolini), suprimindo-lhe a liberdade, reduzindo a vida humana a deveres para com o Estado.

Paralelamente, vimos que, a partir da segunda metade do século XIX, os teóricos do conhecimento humano, considerando que as filosofias até ali desenvolvidas eram, efetivamente, insuficientes para dar conta da realidade, passaram a adotar posturas que buscariam sua afirmação em um espaço ora interior, ora exterior ao homem, isto é, uma base para a vivência em grupos sedimentada em laços ou vínculos sociais em outras perspectivas, desenvolvendo construções sociológicas da sociedade e da solidariedade, surgindo, ali, novas leituras solidaristas, agora ligadas não apenas à efervescência das questões sociais, mas conectadas a posturas científicas que tentavam romper com o dualismo do conhecimento científico até então filosoficamente desenvolvido, a partir do *método experimental* (Claude Bernard) e de uma nova noção de experiência, que busca desfazer a dicotomia entre sujeito conhecente e objeto conhecido, e que exerceu enorme influência sobre o pensamento jurídico e sociológico que repercutem nos modelos jurídico-políticos contemporâneos.

Nessas construções, surgem ideias de um Direito imanente (Georges Gurvitch) que se inscreve no contexto de mudança na racionalidade jurídica do momento histórico e ela será representada justamente pelo direito de solidariedade, construção que vai de encontro à percepção da Ciência do Direito como uma experiência fechada no formalismo da lei, na perspectiva de que as regras não são só as decisões produzidas, interpretadas e aplicadas apenas por uma autoridade estatal competente, na medida em que grupos e comunidades de vários tipos, sejam formais ou informalmente organizadas, produzem regulamentos para si e para outros (normas vinculantes que não

se originam no Parlamento nem em fontes estatais), considerando, assim, que a legislação é um Direito do ponto de vista sociológico ou, em outra formulação, que *o Direito surge da própria sociedade*, não necessitando do Estado, mas apenas de fatos normativos que lhe dão existência e cogência, o que tem repercussão na compreensão do Direito como algo produzido pela vontade humana, estando, por isso, condicionado em seus fundamentos e fins.

O discurso solidarista também foi a tônica dos desenvolvimentos do francês Émile Durkheim (“pai da Sociologia Jurídica”), a partir da ideia de “divisão do trabalho”, segundo a qual compreendeu que uma sociedade se mantinha coesa por duas forças de unidade, uma *mecânica* e outra *orgânica*. Pela primeira, as pessoas se mantinham unidas por terem semelhantes pontos de vista, compartilhando dos mesmos valores ou das mesmas crenças religiosas. Pela segunda, esta representada pela divisão do trabalho em profissões especializadas, cuja especialização de tarefas propiciava a união do grupo social, pela interdependência, segundo a crença na existência de fenômenos sociais (o fato social, que será dali em diante incorporado à realidade jurídica como uma referência e um fundamento obrigatório para a reformulação do próprio Estado de Direito) que devem ser analisados e demonstrados com *técnicas especificamente sociais*; o entendimento de que a sociedade é algo que está, concomitantemente, dentro e fora do homem, conforme os valores e princípios morais que forem adotados; sua compreensão de que as pessoas são educadas sob a influência dos valores da sociedade onde vivem; que a sociedade está estruturada em pilastras que se manifestam por meio de expressões (conceito de estrutura); e o entendimento em torno da divisão do trabalho social segundo o qual, numa sociedade, cada indivíduo deve exercer uma função específica, seguindo direitos e deveres, em busca da solidariedade social, preconizando que a formação de uma sociedade depende da construção de laços de solidariedade e que, para tanto, é necessário que o indivíduo sacrifique certa parcela de sua liberdade em prol do todo, devendo em favor dele atuar, porquanto o indivíduo provém da sociedade, ideia com a qual conduziu os juristas a pensar o Direito como coisa social em um primeiro plano, tornando-se um símbolo visível da solidariedade social.

Nesse sentido, ele formula também uma tentativa de passar o Direito de um estado subjetivo, próprio da perspectiva individualista, para um estado objetivo, encontrando o seu fundamento jurídico numa experiência associativa e aberta, que visa a dar ao ser humano, ao mesmo tempo, uma dimensão individual, mas também coletiva.

No ambiente dessas mesmas construções sociológicas, encontramos na fenomenologia de Edmund Husserl uma postura diversa, que intenta situar o fundamento do Direito para fora dele mesmo, ou seja, relegá-lo a uma instância superior, ou seja, ela mesma uma instância racional ou social; como algo não que busca os critérios de juridicidade voltando-se a si mesmo, à própria experiência jurídica, tendência que, adiante, levou Hans Kelsen ao Positivismo Jurídico, seguindo a tradição kantiana de separar o ser (*sein*) e o dever-ser (*sollen*), acabando por criar uma dicotomia entre a forma e a norma, fazendo com que o Direito não retornasse a ele mesmo, mas a um sistema de normas produzidas pelo Estado, independente da justiça de seu conteúdo, que sequer considera uma postura mais flexível, como a proposição de Henri Bergson cuja fenomenologia buscou fazer da metafísica uma experiência, pretendendo situar a *intuição* (como a ideia que antecede a experiência, consoante pensou Claude Bernard) como um método de conhecimento, que sugere a experiência jurídica como portadora de um *impulso vital*, marcada pela criação contínua do novo e, pelo tanto, apta a produzir, de algum modo, um movimento irreversível, de forma que ela nunca será uma experiência jurídica fechada, que confina o Direito nele mesmo, mas numa perspectiva ativa, aberta, criadora e recriadora.

Com efeito, essa foi uma das inspirações da sociologia de Georges Gurvitch, para quem o fato em si é considerado como portador de uma positividade jurídica, uma postura que encontra um fundamento para a sociedade que é diferente daquele pensado como uma ordem natural, mas, ao mesmo tempo, também é distante das teorias contratualistas dos séculos anteriores, pois propõe uma base de sociedade que se estrutura em torno de uma “ideia”, especialmente de uma “ideia diretora”, como o fundamento da solidariedade e da coesão social.

Auguste Comte já havia cunhado a expressão *sociologia*, inicialmente por ele designada *física social*, em sua filosofia positiva, na qual negava que a explicação dos fenômenos naturais, assim como os sociais, provinha de um só princípio. A visão positiva de Auguste Comte acerca dos fatos acabou por abandonar considerações em torno das *causas* dos fenômenos (Deus ou natureza), para centrar-se na pesquisa de suas leis, agora não apenas vistas como relações abstratas, mas também constantes entre fenômenos observáveis.

Em sua *nova ciência*, Auguste Comte também empregou a observação, a experimentação, a comparação e a classificação como métodos para a compreensão da realidade social, pois acreditava que os fenômenos sociais podiam e deviam ser

percebidos como os outros fenômenos da natureza, ou seja, como obedecendo a leis gerais, sem embargo de sempre enfatizar que essa postura não implicava reduzir os fenômenos sociais a outros fenômenos naturais. Por outro lado, ele acaba por desenvolver um método de conhecimento que separa o sujeito conoscente do objeto conhecido, que serviu de inspiração para os desenvolvimentos da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, que fecha a experiência jurídica e reduz o Direito à lei escrita, que não tem como critério de validade considerações de natureza axiológica ou de justiça, mas a mera produção, segundo uma legitimidade própria, a partir da Constituição, e segundo um procedimento previamente estabelecido, fazendo-se, assim, ao melhor estilo rousseauiano, um Direito estruturado a partir da vontade geral e com a supremacia do Parlamento.

Das teorias de construção sociológica da solidariedade que abordamos segundo os maiores expoentes de sua época, importa sublinhar que, naquele cenário, a sacralidade da *lei* como sinônimo de *Direito* - salvo aquelas ligadas ao Positivo de Auguste Comte e aos que o seguiram - entrou definitivamente em crise, ante a percepção de que o Direito era e é algo bem mais amplo que ela, e que não se poderia prescindir de voltar os olhos à realidade social na sua conformação abstrata, nem dele extirpar, como elemento essencial, a justiça, o que reclamou romper, também, com o seu formalismo ou, ao menos, reconhecer, ao lado da lei posta, outras fontes paralelas de Direito com o mesmo valor jurídico positivo. Não por outra razão François Gény, preocupado com a questão da *justiça* e a *utilidade social*, compreendeu que uma injustiça é sempre uma “injustiça”, ainda que inserida num figurino de legalidade formal, razão pela qual o jurista já não desempenha um papel em que se limita a ser *la bouche de la loi*, como na formulação exegetica; antes, ele cumpre um papel ativo no trabalho de dizer o Direito, ideias que foram adiante aprofundadas por León Duguit e Maurice Hauriou, que avançaram, sensivelmente, na articulação ou na busca de um critério de juridicidade sintético, aquele procurando o caminho do *direito objetivo*, e este formulando a *teoria da instituição*, ambas de extremo relevo no que concerne às ideias de um empenho de todos na construção do bem-estar e, por conseguinte, firmando o discurso da solidariedade social.

A Igreja, como vimos, desempenhou papel de relevo ante a emergência da questão social, com os fins de equacioná-la, por meio de desenvolvimentos da sua *Doutrina Social*, que já se colocava na Carta Encíclica *Rerum Novarum*, de 15 de maio de 1891,

da lavra do Papa Leão XIII (1878-1903), compreendida como o estatuto da questão social da modernidade, consignando uma insurgência contra a exploração da classe operária, contra a pobreza oriunda do liberalismo, condenando, ao mesmo tempo, os postulados socialistas de abolição da propriedade privada, inaugurando uma nova fase da Igreja, substancialmente comprometida justamente com a questão social por defender um modelo de cooperação e de concórdia.

Nela se coloca, todavia, o dever de caridade cristã de partilha do supérfluo com os pobres, porque compreende que ninguém é obrigado a aliviar o próximo privando-se do seu necessário ou do de sua família; nem mesmo a nada suprimir do que as conveniências ou decências impõem à sua pessoa; que ninguém deve viver contrariamente às conveniências; mas, à medida que suas necessidades estejam suficientemente satisfeitas, é seu dever lançar o supérfluo no seio dos pobres: do supérfluo daí esmolas, impondo partilhá-lo com aqueles que são irmãos em Cristo. A Carta Encíclica em testilha dá ênfase ao bem-estar da sociedade, colocando o homem como causa e razão de toda autoridade, que só se mostra legítima se exercida com essa finalidade, guiando-se pela Justiça Social e pela Justiça Retributiva.

Na *questão social*, a Igreja diz que a nenhuma autoridade se mostra legítimo e justo ser *neutra*, vivificando-se, neste aspecto, uma espécie de exercício coletivo da razão prática kantiana (o certo vem antes do bom), significando que a dignidade implica direitos e *deveres autônomos*, embora diverjamos da postura de centrar na Igreja e no Estado a dicção do “*bem comum*”.

A Igreja defendeu a construção de uma sociedade de cooperação interindividual, é dizer, de um modelo em que os particulares devem fazer convergir seus esforços para a satisfação de um interesse coletivo superior, identificado como o “*bem comum*”¹ que, em postura distinta do liberalismo político e econômico clássicos, tivesse por fim a formação e a manutenção de uma *sociedade solidária*, mas que, em contrapartida, suprime do próprio indivíduo a liberdade de conformação do seus fins.

Não obstante afirmar a *Justiça Social* como fundamento e como garantia da consecução do bem de todas as pessoas, esse “*bem comum de todas as pessoas*” não leva em conta as individualidades de cada ser isoladamente pensado, mas um “*bem comum*” é compreendido como a colaboração mútua para realização da felicidade geral, segundo uma ideia de dignidade de todas as pessoas que, não

obstante e ao mesmo tempo, tal qual no modelo ideal de Tomás Morus, ignora as diferenças, as aspirações, os sonhos e a liberdade de autoconformação de cada indivíduo de buscar, segundo o seu livre arbítrio, o que seja a sua felicidade, o que deve ser necessariamente levado em linha de consideração quando se afirma que todos os seres humanos têm uma valia idêntica, e ainda que se mostre imprescindível não olvidar que todos os indivíduos guardam dignidade própria que demanda, necessariamente, por justiça, essa dignidade seja compreendida também segundo condições materiais e imateriais indispensáveis para existência plena.

No processo histórico de afirmação da solidariedade, desde Protágoras, seu individualismo e relativização de todas as coisas, ao generalismo de Platão e sua redução do homem a um gênero, um modelo ideal; a visão aristotélica de homem como um “animal” político inserido na natureza e, portanto, naturalmente social, segundo uma ideia de finalidade (bem-estar): viver melhor e feliz; a noção de indivíduo estoica; o desenvolvimento do conceito de pessoa e sua dignidade ínsita, no Cristianismo, o homem como um ser criado à imagem e semelhança de Deus e, por isso, ser detentor de uma dignidade inata; os diversos modelos jurídico-políticos de Estado e seus distintos fundamentos, ao ponto do rompimento com os jusnaturalismos cosmológico e divino, segundo uma descontinuidade antropológica que irá alicerçar um novo conceito de dignidade humana, notadamente a partir dos elementos éticos trazidos por Immanuel Kant, não se forjou no período, um conceito adequado nem de dignidade e, por conseguinte, também não de solidariedade.

Esse quadro não mudou com a democratização política do Estado Liberal, nem com os movimentos revolucionários socialistas - que marcaram as lutas operárias e populares dos séculos XIX e XX por direitos novos -, nem a ruptura com a Escola da Exegese; nem com a reelaboração do saber e da experiência jurídica, com a leitura sociológica em torno da formação das sociedades e do próprio Direito, ao que se aliou a ideia de *Justiça Social* e *Justiça Distributiva*, fomentada pela Doutrina Social da Igreja.

E quando o Estado Jurídico se encaminhou para uma nova conformação, o *Estado Social*, focado no bem-estar, mesmo nesse novo modelo estatal, em que os direitos fundamentais do homem e o primado da dignidade humana passaram a ter outra configuração, surgindo, inclusive, a partir dessa nova perspectiva, os primeiros

reconhecimentos, em nível de Constituição, de *direitos sociais*, ditos de segunda dimensão, abrindo-se, desde então, uma via de sua inclusão progressiva no rol dos direitos fundamentais, tais como o direito à educação, ao trabalho, à assistência à pobreza, à seguridade social, à saúde etc., como igualmente concretizações do princípio fundamental da dignidade humana, a ideia de solidariedade operou numa linha inadequada, segundo uma lógica de substituição.

Ou seja, mesmo depois de agregar, ao nível constitucional, direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais - ampliando as antecedentes positivizações, primeiro legais, depois, constitucionais (do Estado Constitucional), dos direitos fundamentais que haviam consagrado essencialmente os valores liberais (a vida, a liberdade, a propriedade e a igualdade perante a lei), de cunho individualista, mais especificamente como direitos de defesa -, ultrapassando a sua compreensão de dignidade da pessoa humana que se reduzia a uma zona de não-intervenção do Estado - que, destarte, continuam a integrar as Constituições no limiar do terceiro milênio - o Estado Social conheceu o seu exaurimento, entrando em crise, justamente porque não pensou numa atuação supletiva, não apenas em razão da escassez de recursos, mas porque acabou por retirar do homem seu dever perante ele próprio e perante os seus. Tornou-se o Estado pai e provedor.

O Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*), um modelo que buscava a superação da opressão econômica e social e que, atuando na e sobre a ordem econômica, deveria esquematizar diversos meios de ação que superariam as primeiras e rudimentares formas de proteção social até então desenvolvidas; um Estado preocupado com a *Justiça Social* e com a distribuição de riquezas, que passou a caminhar junto à própria ideia de *Direitos Humanos*, inclusive em versão constitucionalizada, como integrantes da noção de direitos fundamentais albergados pelas Constituições, não se conformou segundo a ideia de ajuda, de apoio ao desenvolvimento da personalidade de cada ser humano, mas, em larga medida, como um modelo de substituição.

Embora ele tenha se constituído como resultado de uma longa transformação pela qual passou o próprio Estado Liberal clássico, e seja, por conseguinte, parte do curso histórico do próprio Estado de Direito, reconhecendo que existem direitos fundamentais cuja efetiva garantia exigem uma intervenção social e econômica do Estado, como vimos historicamente consagrados pelas Constituições de Weimar de 1919, e Mexicana de 1917, segundo um entendimento de que os direitos

fundamentais da pessoa humana e sua dignidade passavam pela exigência de proteção e de atuação prestacional do Estado, ideia que constitui as bases do *garantismo social*, que situa o *Estado na condição de provedor de garantias institucionais aos direitos sociais e trabalhistas*, dando-lhe uma feição que leva a marca do protecionismo social, esse modelo também entrou em crise, porque, não operando segundo um princípio supletivo, assumiu-se como o primeiro e principal garante do bem-estar. O Estado que tudo provê, modelo que se afasta da ideia de dever de solidariedade (para assumir-se como paternalista), inclusive do dever de solidariedade dos indivíduos nas relações intersubjetivas.

Como vimos, com o fim da Primeira Guerra Mundial (1918), o modelo econômico liberal se encontrava completamente desmantelado; não havia, em definitivo, mais espaço para um Estado mínimo, não interventor, conformador de direitos fundamentais circunscritos à garantia de um espaço de liberdade individual insuscetível de penetração pelo Estado, um modelo ultrapassado que precisava se estruturar segundo uma postura prestadora de dignificação da pessoa humana, através da garantia de direitos sociais, sem, contudo, abolir o paradigma liberal de direitos fundamentais individuais.

Na sequência da grande depressão da década de 1930, o Estado de Direito Social jurídico-constitucional precisou se fortalecer como interventor e *dirigente* econômico e, tornando-se forte nesse âmbito, deu início à prática de pautar o processo capitalista segundo novas bases.

Nesse contexto histórico, o *Estado de Direito Social* passou a agir de modo contundente, não só como interventor na seara econômica, mas, também, como *produtor jurídico*, a fim de melhor organizar e defender o próprio sistema capitalista. Por outro lado, essa postura implicava aumento da carga tributária que, mesmo assim, era vantajoso e suportável: melhor isso ao *socialismo*.

Dali em diante, o *Estado de Direito Social* seria o apoio jurídico do capital nacional e internacional, situação que somente sofre uma solução de continuidade com o advento da Segunda Guerra Mundial.

O último conflito bélico mundial, deflagrado em 1º de setembro de 1939, com a invasão da Polônia pelas forças armadas da Alemanha nazista, revelou-se um prenúncio do apocalipse, pois o homem havia acabado de alcançar o poder de destruir toda a vida na face da Terra, impondo ali, uma nova consciência a repercutir, modo especial, na centralidade do fenômeno constitucional, na ideia de

Direito, de Constituição e Direito Constitucional, a se projetar na ordem internacional, a constituir um *marco no humanismo* e no processo histórico de afirmação dos direitos humanos e da solidariedade que nesse contexto se insere.

Aquela consciência configurou um despertar, pela primeira vez, em nível mundial, para o fato de que a sobrevivência da própria humanidade impunha como condição a *colaboração* de todos os povos, não apenas em termos de reorganização das relações internacionais, mas que estas tivessem por base o respeito incondicional pela dignidade humana, tão solapada pelo horror engendrado pelo surgimento dos Estados Totalitários, que se converteram em verdadeiras máquinas de destruição de povos inteiros.

Foi aquela consciência que inspirou a Organização das Nações Unidas (em 1945), em que no centro das preocupações já não estava apenas a de criar uma instância de arbitragem e de regulação dos conflitos bélicos, mas uma entidade que intentou situar a guerra como algo *fora da lei*, focada na organização da sociedade política mundial, à qual todos os Estados deveriam permanecer, portanto, necessariamente, preconizando que todas as Nações do globo estivessem empenhadas na defesa da dignidade humana, assentando, desde o documento de sua fundação, já no seu preâmbulo, que um dos objetivos da Organização era justamente o de “*empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos*” e, nesse desiderato, restou criado o Conselho Econômico e Social, com a atribuição de favorecer, entre os povos, *níveis mais elevados de vida, trabalho efetivo, bem como condições de progresso e desenvolvimento econômico e social*.

Se a Carta das Nações Unidas afirmou o *direito de autodeterminação dos povos*, no que respeita ao efetivo desenvolvimento econômico em níveis mundiais, tal reconhecimento veio somente mais tarde, por meio da Comissão de Direitos Humanos, criada, na Organização, em 16 de fevereiro de 1946, para tal fim, concluiu a primeira etapa de seus trabalhos em 18 de junho de 1948, com um *projeto de Declaração Universal dos Direitos Humanos*, aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas, mediante Resolução¹, em 10 de dezembro de 1948, tarefa que se completou no ano de 1966 quando foram aprovados dois Pactos, um deles inerente a direitos civis e políticos, e outro sobre direitos econômicos, sociais e culturais.

Como referimos, não é novidade alguma que a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* foi impactada pelas atrocidades praticadas durante a Segunda Guerra Mundial que, em grande parte, somente se revelaram após o seu término, e com a total omissão do ocorrido intramuros na extinta União Soviética.

No processo histórico de afirmação da solidariedade, em conclusão, a nosso juízo, a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, a extinta União Soviética, a Ucrânia, a Rússia Branca, a extinta Tchecoslováquia, a Polônia, a extinta Iugoslávia, bem como a Arábia Saudita e a África do Sul, tenham, na ocasião, se absterido de votar, não configura uma simples retomada dos ideais da Revolução Francesa, pois se apresenta com um perfil verdadeiramente humanitário, que confere primazia à liberdade, sem abrir mão da igualdade substancial e de responsabilidade de todos e de cada um, representando um marco histórico, em uma escala mundial, do reconhecimento dos valores supremos da liberdade, da igualdade e da fraternidade entre todos os homens, consubstanciando o que bem se pode afirmar como uma Consciência Jurídica Universal, que alberga os valores superiores de toda a humanidade, no que se insere a própria solidariedade.

Nesse quadro, a solidariedade, se, de início, foi compreendida como fundada nas relações de proximidade e de parentesco, um valor comunitário, cuja aceção se limitava à disposição de servir aos mais próximos, nomeadamente àqueles que faziam parte de um determinado grupo social, sem projeção ou mesmo inexistente para além desses domínios; se ela assumiu extrema relevância com a difusão do Cristianismo que alterou substancialmente a sua compreensão, expandindo seu modo de atuação como dever de caridade para com o próximo no âmbito geral, como decorrência da irmandade que a todos vincula como descendentes de um tronco comum, o Senhor da Criação, Deus, a quem todos os seres humanos devem obediência; se a Modernidade, operando uma desconstrução epistemológica com a Filosofia Cristã e com toda ordem natural divina, para se afirmar sob um *jusnaturalismo antropológico* (em que se deu o reconhecimento de direitos inatos e inalienáveis do homem pela condição humana; onde o homem é reconhecido como detentor de uma dignidade inata pela razão humana e titular de direitos anteriores e indisponíveis à vontade do poder estatal), em que a solidariedade, como *fraternidade*, se assumiu formalmente na tríade revolucionária da Revolução Francesa, mas desvinculada de qualquer noção de dever, seja do Estado, seja dos indivíduos, independente de direitos, hoje, no Terceiro Milênio, especialmente a

partir da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, ela superou, dialeticamente, todas essas leituras e posturas, e não pode mais ser compreendida senão como imediatamente decorrente da própria dignidade da pessoa humana, como algo que lhe é constitutivo, que emana da própria dimensão social indissociável do homem.

A solidariedade, nesse cenário, não pode mais ser lida apenas como caridade, como um dever do bom cristão, nem como um simples cânone hermenêutico, mas como um princípio da ordem jurídica que, tendo acompanhado a história da humanidade e o próprio processo de afirmação do humanismo da pessoa humana e de sua dignidade inata ao longo dos tempos, expressa, na *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, uma normatividade positiva em nível nacional e internacional, a vincular as entidades públicas e privadas, como um valor supremo do homem, de toda comunidade humana, do Estado e da Comunidade de Estados.

Aliás, a solidariedade afigura-se, bem por isso, um princípio jurídico-político, valor que foi expressamente acolhido pela ordem normativa jurídica e política, tanto no âmbito interno como externo, esteja ela ou não positivada numa Constituição, podendo ser definida como uma forma de *expressão da justiça*, que se realiza como uma obrigação moral e, concomitantemente, como um dever social e jurídico-político, porquanto imediatamente decorrente da sociabilidade inata dos seres humanos que, fora de uma vivência social, podem até ter uma existência física, mas não atingem a plenitude das potencialidades humanas, é dizer, enquanto mera existência física, apenas sobrevivem, à medida que para os seres humanos, o viver extrapola os limites do existir estritamente físico, uma vez que ele demanda reconhecimento, plenitude e dignidade, o que depende de sua vida coletiva: não somos meros portadores de um genoma humano.

Como imanente da condição de pessoa humana e de sua dignidade intrínseca, assim como na condição de princípio da ordem jurídica e política, com efeito, a solidariedade não deixa de estar ligada às mesmas noções de *liberdade* e de *justiça*, segundo uma ideia de *igualdade*, constituindo, em qualquer uma dessas hipóteses, um conteúdo especialmente vinculado às ideias de *dignidade do ser humano*, de *sociabilidade inata*, de *responsabilidade*, de *direito à segurança*, de *redistribuição da riqueza*, seja nas relações pessoais, seja na via da *Justiça Social*, seja na via da *Justiça Política*.

Enquanto uma forma de sua expressão da própria justiça, na vertente que intenta promover a igualdade substancial, não nos parece razoável sustentar que a liberdade e a igualdade tenham surgido como conceitos jurídicos, com operacionalidade técnica e

funções definidas como vinculantes dentro dos sistemas jurídicos e a solidariedade tenha sido relegada à mera condição de virtude ou valor, sem obrigação não realizável juridicamente, por ausência de operatividade. Como princípio da ordem jurídico-política, a solidariedade é norma e enquanto tal ela é dotada de força vinculante, o que faz certo que a dignidade da pessoa humana não nos assegura apenas direitos, mas compreende e nos impõe, também, deveres deles desvinculados e autônomos.

Ser pessoa é ser, nesse paradigma personalista, tanto individual como social. Ser pessoa é ser único e irrepetível, um ser inteiro; como é conter em si toda a humanidade, e, ao mesmo tempo, ser em si relacional. Ser pessoa implica a capacidade de ser um todo infinito, dotado, por essa condição, de uma dignidade intrínseca que é, pela condição humana, individual e social, e nos confere direitos, ao mesmo tempo em que nos comina obrigações (deveres).

Reforça-se aqui a conclusão inarredável e lógica de que a liberdade não é o único elemento constitutivo da essência da pessoa humana e de sua dignidade, em que pese tenha ela primazia, porque todo homem nasce livre.

E, se não é o único, há, necessariamente, em caráter universal, também como categoria inata imediatamente decorrente da condição humana, outros elementos essenciais sem os quais tal condição não se perfectibiliza, algo que autorize a limitar a liberdade e pôr cobro na autonomia da vontade do próprio homem em seu querer e em seu realizar. Em nossos desenvolvimentos, tais elementos, sem prejuízo de outros, são a segurança e a justiça, da qual predicamos como fundamento último, a solidariedade, como uma das formas da justiça se expressar, aquela vertente ocupada da distribuição das riquezas, da justiça social e com a paz mundial.

A solidariedade, enquanto uma manifestação da justiça, quer exatamente realizar o *bem comum*, pois, além de constituir um princípio de justiça política, é também um princípio regente da ordem social. Refere-se ao papel da comunidade na realização da dignidade da pessoa humana, no seu aspecto extrínseco que diz com o reconhecimento da igual condição de pessoa em cada ser humano, constituindo uma categoria essencial da vida social; a solidariedade, em seu intento de realizar o “*bem comum*”, demonstra que o indivíduo não é uma abstração nem um universo isolado, como, também, que cada ser humano é devedor de seu meio. Ela demanda um tipo de postura social que parte da consciência de que do empenho de cada um depende o bem-estar de todos, o *bem comum*, do que advém a inelutável responsabilidade social que sintetiza a responsabilidade de todos por cada um.

Porém, a solidariedade, segundo um paradigma personalista adequado, que não faz síntese do individual e do social, mas reconhece, no indivíduo, uma dimensão necessariamente social, decorrente de sua própria dignidade, sem lhe retirar a primazia da liberdade individual, não pode legitimar posturas que permitam que a coletividade ou mesmo o Estado se arvore na condição de definir o seu conteúdo de escolha dos fins do indivíduo; que lhe retire, por substituição, pela vontade política, o direito de conformar o seu próprio destino, segundo seu livre arbítrio, arcando com as respectivas consequências, pois o “*bem comum*” é o fim último da política, mas o começo da liberdade para cada pessoa, de sorte que a solidariedade jamais pode pretender a definição do “*bem comum*” para um indivíduo, senão que ajudar na sua realização, operando ao nível de apoio, de auxílio, para que o próprio ser humano, livre, dotado de consciência moral, desenvolva a sua própria personalidade, defina o que é bem para si, dentro de critérios que não coloque em risco a sua própria existência.

Restou claro, em nosso estudo, que a solidariedade não se realiza por meio de direitos, senão que por meio de deveres. Não obstante a ideia de deveres ter sempre estado presente em concepções cosmológicas, religiosas, filosóficas e éticas, conforme abordamos ao longo de nossa investigação, essa temática continuamente se manteve, na dogmática, na penumbra dos direitos fundamentais, o que se compreende em face dos horrores da Segunda Grande Guerra Mundial, que demandaram esforço doutrinário herculio - na defesa da faceta da liberdade e da segurança do ser humano - para repelir as atrocidades por ela propiciadas e, portanto, com primazia absoluta nos direitos.

Entretanto, vimos, em outro giro, que a ideia de deveres foi recorrente no pensamento das mais variadas civilizações, mormente em razão de seu significado prático para a ideia de convívio harmônico dos seres humanos.

Para além disso, à medida que sustentamos a solidariedade como uma forma de a justiça se expressar, no intento de realizar *justiça social* e *justiça distributiva*, como um dos elementos essenciais ao homem e algo constitutivo da própria ideia de dignidade humana imediatamente decorrente de sua dimensão social, então, impõe-se, também, concluir que são os deveres que dão à solidariedade concretude na realização do “*bem comum*”; são deveres que se impõem nas relações do Estado com o indivíduo, bem como nas relações do indivíduo com o Estado e com os demais indivíduos, em todas as esferas da vivência humana, é dizer, em todos os estratos da vida social (especialmente ante a inviabilidade de o Estado proporcionar a toda comunidade nacional, a totalidade das estruturas sociais necessárias ao bem-estar, não apenas em razão da dotação

orçamentária, mas, especialmente, pela limitação fática de recursos), inclusive no âmbito internacional (reserva do possível).

A dignidade da pessoa humana e, como dela decorrente, a solidariedade, inerente à dimensão necessariamente social do homem, exige não apenas do Estado, mas, também, dos indivíduos, determinados deveres fundamentais, enquanto categoria autônoma, e não meramente correlata a direitos indispensáveis à vida em sociedade, pois inviável uma convivência social sem a exigência de qualquer responsabilidade do Estado e do indivíduo sobre a existência e sobre o futuro dos demais seres humanos, com os quais compartilhamos uma mesma humanidade, sem os quais sua própria experiência se limitaria a uma vivência meramente física. Sem solidariedade o homem fica menos humano e se minoriza em matéria de dignidade que, a seu turno, não se completa, nem se torna plena sem ela.

Por isso, a solidariedade, como princípio da ordem social, jurídica e política, exige do Estado obrigação explícita e vinculante de implementar mecanismos a propiciar assistência e apoio aos indivíduos em situação de vulnerabilidade e de exclusão social, bem como àqueles que suportam os riscos especiais característicos das sociedades de mercados, promovendo, dessa forma, *Justiça Distributiva e Social*, num quadro de um Estado democrático e social de Direito, e de um constitucionalismo estruturado ou edificado à base de valores essenciais à condição da pessoa humana, que sempre deve levar à compreensão de deveres para muito além de obrigações do Estado para com o todo.

Desse modo, forçoso é concluir que o Estado não é o único destinatário dos deveres fundamentais, pois a solidariedade, no objetivo de realização (e não de definição) do “*bem comum*”, cominou, também, deveres fundamentais à comunidade social ou à sociedade civil, em seus vários níveis de configuração (a família, o bairro, a cidade, os agrupamentos sociais em geral), a todos vinculando, entidades públicas e privadas.

Sem embargo da primazia dos direitos fundamentais contida da ideia mesma de dignidade da pessoa humana, como parte dela, como imediatamente decorrente da dimensão social do homem, ela trás em si, de modo intrínseco, a solidariedade, que intenta realizar o “*bem comum*” com a consagração de deveres fundamentais também imanescentes da mesma dignidade, não havendo, assim, espaço para sustentá-la como dever moral, em detrimento de um dever jurídico, pois, nessa conformação, os deveres fundamentais de solidariedade precedem a qualquer voluntarismo, e não dependem de

reconhecimento estatal; sua imperatividade decorre imediatamente da condição humana e de sua dignidade imanente, onde se insere uma dimensão social necessária.

Portanto, tanto quanto os direitos fundamentais de primeira dimensão, a solidariedade não decorre de qualquer monopólio da produção normativa jurídica e, por conseguinte, ela independe de constituição ou mesmo da vontade política de ocasião, impondo-se apenas o seu reconhecimento: ninguém precisa constituir algo que expresse um elemento humano e que é constitutivo da sua dignidade, compreendida num quadro que não despreza o mérito de cada um, mas que, também, condensa a ideia que todos somos portadores de uma igual dignidade, mesmo que, por alguma razão, nossa liberdade esteja de algum modo afetada, defendendo-se, aqui, que a dignidade de que falamos se antecipa ao nascimento com vida (condição em que a vida e a liberdade mais carecem de proteção) e se projeta, em alguma medida, para após a morte.

Em efeito, a solidariedade somente pode ser adequadamente compreendida como uma forma específica de expressão da justiça - que integra o conceito de dignidade da pessoa humana -, que realiza, em diversos níveis, o *bem comum* (justiça doméstica, justiça social, justiça política), e que ganha concretização por meio de deveres fundamentais.

Predicamos, por conseguinte, a solidariedade, segundo a definição acima, de um dos elementos essenciais do ser humano, qual seja, a *justiça* e afirmamos que tal elemento, junto da segurança e da liberdade, não obstante de outros, integra o conceito de dignidade humana e constitui o seu conteúdo, sem prejuízo desse conteúdo comportar outros elementos e poder ser recorrentemente melhorado.

Se estivermos de acordo de que cada ser humano traz em si uma dignidade à razão humana simplesmente por ser humano, único, irrepetível, insubstituível, isento, assim, detentor de um valor inerente à condição humana; se estivermos de acordo que essa dignidade é também envolvente de uma dimensão necessariamente social de cada indivíduo; se acordos que essa dignidade não se mostra adequada sem o reconhecimento dos elementos essenciais ao homem (liberdade, segurança e justiça), e que essa dignidade não depende de constituição, mas de reconhecimento, proteção e promoção, ao predicarmos a solidariedade (como forma de expressão de justiça) dessa mesma dignidade, que se concretiza por meio de deveres, nada mais lógico do que concluir que, tendo o mesmo fundamento e natureza, a solidariedade não depende de constistituição de parte dos poderes estatais, mas de mero reconhecimento, proteção e promoção,

falando, em suma, de algo que precede ao próprio fenômeno constitucional, ao Estado, à Constituição e ao próprio Direito.

Se dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um plexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem às pessoas tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, ela também obriga os indivíduos à participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Consideramos que a solidariedade, como forma de expressão da justiça, é elemento essencial da condição humana, bem como valor que integra o conceito de dignidade da pessoa humana como constitui o seu conteúdo. Em sendo assim, sustentamos a existência de uma deverosidade natural como parte imediatamente decorrente dessa mesma dignidade; uma deverosidade fundamental, que concretiza a solidariedade, cujo objetivo é a realização do *bem comum* em seus diversos níveis e nos vários estratos da vivência coletiva, cominando obrigações autônomas aos indivíduos para com esses mesmos estratos da vida em sociedade em que realizam a sua dimensão social, da menos até a mais complexa, assim como deveres do próprio Poder Político em relação às pessoas humanas, uma vez que o convívio em sociedade ordena relações e responsabilidades do indivíduo com a sociedade, assim como responsabilidade da sociedade, inclusive da sociedade política para com os indivíduos.

A solidariedade está positivada na maioria dos Estados democráticos e sociais de Direito; mas, acaso não estivesse, enquanto inerente à própria dignidade da pessoa humana, precedente à Constituição, ao Estado e ao próprio Direito, não necessitando de criação pela vontade estatal, quando ela é reconhecida, protegida e promovida, se está, ao fim e ao cabo, reconhecendo, protegendo e promovendo a mesma dignidade, e não outra.

Isso implica dizer duas coisas: primeiro, que existe uma supraconstitucionalidade que orienta e condiona a autoridade da Constituição, do Estado e a validade do próprio Direito e que nessa supraconstitucionalidade estão inscritos os valores axiológicos superiores e ínsitos da condição humana e da dignidade que é dela imanente; segundo, que os agentes do poder e da vontade estatal não são inteiramente livres para legislar, administrar e julgar, porque vinculados por essa supraconstitucionalidade em que se

encontram inscritos os valores axiológicos superiores e ínsitos da condição humana e da dignidade da pessoa humana, no que se insere a solidariedade. Essa supraconstitucionalidade exige uma atuação do Poder a serviço desses valores superiores que configuram critérios de validade de toda sua atuação. Logo, solidariedade, integrando essa ordem de valores superiores, que vincula entidades públicas e privadas, serve como critério legitimador e deslegitimador de todo o Poder.

Como sustentamos no decorrer da pesquisa, somos conscientes de que há teses que advogam posições contrárias. Aliás, a maioria delas; doutrinadores de escol que veem o fenômeno constitucional, a Constituição e o próprio Direito Constitucional de outra forma, de modo a rechaçar qualquer ideia de algo acima da Constituição (uma supralegalidade) como apto a produzir normas e a servir de critério de validade, de legitimidade e de deslegitimidade para normas produzidas pelo Estado.

Todavia, deixamos claro nossa posição pessoal de sermos avessos às concepções estaduais, segundo as quais só o Estado pode produzir normas constitucionais, refutando a ideia de que o Direito Constitucional esteja só na dependência do Estado, como único habilitado à internalização de certos setores típicos da normatividade constitucional.

Primeiro porque, a existência dos chamados “blocos econômicos”, como uma projeção supraestatal, já seria, por si só, apto a colocar em questão o protótipo típico do Estado clássico e a defesa de sua exclusividade na produção de normas constitucionais.

Também não perfilamos qualquer concepção estadual como ideologia. Embora compreendamos que Direito Constitucional nunca é neutro axiologicamente, sendo, invariavelmente, impregnado de pré-conceitos e, conseqüentemente, permeado pela ideologia eleita, de sorte que Direito Constitucional é sempre comprometido pela ideologia que objetiva consagrar - e pela qual passam as opções primárias da sociedade -, não compreendemos que o fenômeno constitucional, a Constituição e o Direito Constitucional se reduzam a questões ideológicas.

Não nos alinhamos, igualmente, à ideia de um fenômeno constitucional fulcrado na chamada força normativa da Constituição, ou seja, a simples compreensão da Constituição como norma (em que se contêm regras, princípios e valores vinculantes), como expressão jurídico-formal da vontade de um decisor habilitado, à moda rousseauiana, alimentando o mito da legalidade positiva e da norma escrita, ideia que permite alicerçar a tese da superioridade hierárquico-formal da Constituição na conjuntura de norma jurídico-positiva estatal.

Também não comungamos do entendimento de que suas normas, ainda que hierarquicamente superiores, possam assumir qualquer conteúdo e, ainda assim, serem válidas e obrigatórias.

Se fosse assim, a crença exclusiva na força normativa da Constituição, aos moldes do paradigma liberal de lei, poderia simplesmente legitimar a que a Constituição assumisse uma feição divina, inquebrantável, com uma prevalência ordenadora e conformadora da realidade social e política, tivesse a norma constitucional qualquer conteúdo, ainda que ela ordenasse um *bem comum* que, camuflado de interesse público, não estivesse centrado na pessoa humana.

Aliás, um bom paradigma a orientar a nossa convicção bem pode ser extraído no âmbito do constitucionalismo brasileiro, onde restou caracterizada uma corrupção sistemática, configurada nos casos conhecidos por “Mensalão” e “Petrolão”, envolvendo “esquemas” de “compra” da consciência política de parlamentares, para amealhar seus votos favoráveis às reformas da Constituição, como outras normas que já não visavam a atender ao bem comum, mas realizar bem privado e de interesse de empresas que, por outro lado, alcançavam quantias astronômicas a agentes públicos - passivamente corruptos -, no propósito de extrair, da prática, vantagens indevidas em contratos firmados com o Poder Público, solapando a moralidade administrativa, e enriquecendo ilicitamente a custas da sociedade.

Há inúmeras pessoas condenadas e presas no Brasil por esquemas de corrupção desse jaez, que colocam em causa a autoridade moral dos agentes da vontade estatal e a validade das normas constitucionais por eles produzidas a essas bases (compra da consciência política, a realizar interesse particular já bem distante do *bem comum*).

Ademais, a força normativa de uma Constituição não é sequer suficiente para evitar rupturas, nem para impedir eclosões revolucionárias, via, aliás, por meio da qual, muitas Constituições surgiram.

Com isso queremos dizer que, a partir do momento em que identificamos na pessoa humana e sua dignidade inalienável aquilo que a Constituição visa essencialmente a proteger, não podemos aceitar como corretas as concepções estaduais, ideológicas ou normativas.

Isso porque, num modelo que visa essencialmente à proteção do ser humano e sua dignidade, o Estado não goza, nem pode gozar, de um poder ilimitado para definir a normatividade constitucional, eis que ela é necessariamente vinculada a um conjunto de princípios fundamentais suprapositivos que, fundados que estão numa *Consciência*

Jurídica-Geral, necessariamente a serviço de uma ordem justa e comprometida com a dignidade da pessoa, não é disponível ao Estado violá-la e, por conseguinte, violar o dever de solidariedade que dela imediatamente decorre. Sua violação pelo próprio Estado gera a invalidade da norma por ele formalmente ditada, do que decorre a ilegitimidade do Poder Constituinte do Estado, se assim for.

Sem prejuízo dos argumentos já expendidos em favor da nossa tese, acrescentamos que sequer a própria normatividade da Constituição se esgota em suas fontes formais, aquelas geradas pelo aparelho institucional do Estado, pois, ao lado do poder constituinte formal, a história registra sempre um poder constituinte *informal*, anônimo e silencioso, porém, sumamente eficaz, que vai moldando a vivência explicativa das próprias normas constitucionais produzidas pelo Estado, como ocorre, por exemplo, por meio de interpretações de Cortes Constitucionais que, afinal, dizem o que a Constituição é. No tópico, mais uma vez salientamos o exemplo brasileiro, onde a Corte Constitucional, o Supremo Tribunal Federal, pela politização e partidarização na indicação e escolhas de seus Ministros, como a politização e partidarização ideológicas das decisões, já têm gerado imensurável descrédito no Poder Jurisdicional, última trincheira da luta por um Direito justo.

Além dos aspectos já enfrentados, é inequívoca a progressiva internalização de certos setores de matéria com imperatividade advinda de parte da comunidade internacional, como produto da globalização, o que nos leva à conclusão que a Constituição já não é uma realidade exclusivamente estatal, ao que se agrega, ainda, as integrações econômicas e políticas em espaços supranacionais, permitindo-nos falar de uma interconstitucionalidade, o que impõe reconhecer que o Estado, não obstante ainda seja e deve permanecer sendo o referencial típico de elaboração científica, de há muito, não é o único.

Ao depois, a norma jurídica em geral e a norma constitucional em especial, não se circunscrevem ou não se reduzem a normas escritas (por exemplo, o costume internacional) e integrantes da legalidade jurídico-positiva; logo, tais normas não escritas não perdem seu caráter normativo e, no que respeita ao seu conteúdo, ainda são vinculadas à dignidade da pessoa humana que lhes serve de critério de validade.

Enfim, a simples existência de um texto constitucional escrito está muito longe de constituir a garantia de que seja cumprida pelos titulares do Poder, tampouco que ela sirva para impedir os mais gritantes atentados à dignidade da pessoa humana. Exemplo disso estamos assistindo na Venezuela. A Constituição de Weimar em nada impediu o

nazismo; a Constituição Soviética e a Constituição Iugoslava se mostraram verdadeiramente inúteis frente ao genocídio e às demais atrocidades praticadas pelo poder de Satlin e de Milosevitch, embora fossem constituições escritas, foram tão efêmeras de tutela efetiva jurídico-constitucional da dignidade da pessoa humana, do que se pode concluir que a força normativa de uma Constituição jurídico-positiva formal não nos dá garantia concreta da tutela efetiva da pessoa humana e de sua dignidade.

Logo, jamais podemos fechar os nossos olhos ao conteúdo dessas normas, porque é aí que radica o seu critério de validade (e não apenas aspectos formais e procedimentais): a pessoa humana e sua dignidade inalienável, na qual se insere a solidariedade, realizadora do *bem comum* e de onde advém uma deverosidade fundamental que não depende de Constituição, mas de reconhecimento, proteção e promoção num Estado democrático e social de Direito.

Em outras palavras, a emanção estatal de normas, a partir da Constituição, deve estar em conformidade, em seu conteúdo, com os postulados de justiça (em todas as suas formas de expressão, inclusive na forma de solidariedade). Essa ordenação deve estar baseada e encontra seu fundamento último na dignidade da pessoa humana, e a serviço dela, é dizer, de cada pessoa viva e concreta, segundo resultam da Consciência Jurídica universal em torno dela, pena de manifesta inconstitucionalidade, forçando a reconhecer que plena não é a Constituição, tampouco a sua força normativa das normas escritas que integram o seu texto: absoluto é que sua materialização normativa releve uma ordem justa, a serviço da pessoa humana e de sua inalienável dignidade, inclusive no que respeita à solidariedade.

Semelhante é a nossa posição em relação ao Positivismo Jurídico, uma vez que nenhum pensamento jurídico pode abrir mão de refletir o Direito fora de seu fundamento e de sua finalidade, quais sejam, o homem e sua dignidade imanente, nem deixando de articulá-lo com outros valores superiores constitutivos dessa dignidade, é dizer, liberdade, segurança, justiça (e, por conseguinte, do valor solidariedade), sem prejuízo de outras categorias que dão conta de que ele mesmo, o Direito, para sê-lo, verdadeiramente, não pode se afastar da ideia de ser coisa humana e para humanos.

E, dentro dessa ideia, não há mais pensá-lo separado ou isolado de outras ciências, de valores, e tampouco como uma emanção exclusivamente estatal, especialmente no quadro da evolução do Estado Liberal para o Estado Social, em que ganharam espaço o pluralismo e a proteção social que impõem um modelo de Estado do Bem-Estar Social,

incumbido, embora não só ele, de realizar o *bem comum*, ao fundamento do dever de solidariedade enquanto forma de expressão da justiça, que se concretiza por meio dos deveres fundamentais e das tarefas que lhe incumbem enquanto fins últimos da Política.

O Direito é obra humana necessária ao convívio social. As regras de Direito são feitas por homens e para homens e traduzirão aquilo que o homem eleger. O Direito é um dever-ser, portanto. Ao contrário das leis naturais (invioláveis), que seguem a lógica do *ser*, o Direito e as leis jurídicas (violáveis) seguem a lógica do *dever-ser*.

Porém, trata-se de um dever-ser com um fundamento e uma finalidade: o homem e sua dignidade, a base da Filosofia do Direito. Logo, cuida-se de um dever-ser em cujos fundamentos deve haver os elementos essenciais ao homem: liberdade, segurança de justiça (contexto em que se inscreve a solidariedade, em razão da dimensão necessariamente social humana), e assim conter esses mesmos elementos na sua finalidade. Sem esses elementos, não há falar em Direito válido, nem mesmo Direito Constitucional, espécie daquele.

Em postura antipositivista, refutamos todas as teses que preconizam a impossibilidade de caracterização de uma ordem como especificamente jurídica, se esta não for depurada de considerações de natureza ético-valorativas; que compreendam o Direito como um sistema fechado de normas, como uma ordem normativa que se reportada a uma norma fundamental (pressuposta) a que deve corresponder uma Constituição efetivamente estabelecida (em termos gerais, eficaz), bem como as normas que, de acordo com essa Constituição, forem, de efeito, estabelecidas e sejam, em termos gerais, eficazes; ou, ainda, que definam o Direito como técnica específica de organização social, ou como sinônimo de força, coerção e cogência.

A par de refutarmos as concepções positivistas, também excluimos aquelas que definem o Direito como um conceito unívoco de *força, coerção e cogência*, ou somente como *fato* (como defendem os marxistas ou os economistas do Direito. O Direito, embora tenha uma dimensão econômica que o envolva e nele interfira, não é Economia); que lhe veem como um mero instrumento de dominação de classes ou apenas como valor (como pensam os seguidores do Direito Natural).

O Direito, tendo no homem e na sua dignidade seu fundamento e sua finalidade, não pode ser entendido como o discurso dos fortes, nem ser reduzido ao discurso do poder. E, em sendo o homem anterior ao Direito e este uma obra humana, isso faz certo que o homem é pressuposto necessário do Direito. Sendo o homem seu pressuposto e seu destinatário, é no homem, e não no poder, que o Direito deve buscar o seu

referencial ou o seu valor-fonte, de sorte que o próprio conteúdo do Direito não pode se afastar dos elementos essenciais do ser humano, dentre os quais, a liberdade, a segurança e a justiça, em todas as suas formas de expressão, no que se insere a solidariedade, lastreada na ideia de uma igual dignidade de todos os seres humanos. Ainda, não se pode perder de vista que esses valores e elementos essenciais do ser humano devem, necessariamente, corresponder não aos fundamentos, mas, também, aos fins do Direito.

Portanto, a configuração do Direito, como realidade humana, se projeta também no fundamento e na sua razão de ser: é no homem e na sua dignidade sagrada e inalienável que o Direito encontra sua razão de ser e o seu fundamento último. Eis aí a premissa ou a verdade absoluta, imutável, intangível e universal do Direito em que depositamos, desde o início dessa investigação, a propósito de questionarmos a existência de valores absolutos, universais, imutáveis, a nossa fé: em todos os tempos, em todos os lugares e para todos os indivíduos, o homem, como realidade concreta, e sua dignidade intrínseca, constituem o fundamento de base essencial de absolutamente tudo que existe, inclusive o Direito e, por assim ser, constitui, também, o princípio fundamental e inarredável da Filosofia do Direito.

A partir da premissa de que o homem e sua dignidade são o fundamento último do Direito e o princípio fundante da Filosofia do Direito, ambos não podendo desprezar a essência do homem nem ser omisso quanto a ela, é possível inferir que há uma limitação conteudística na própria ideia de Direito, ao menos sob o aspecto de sua validade: o homem não é totalmente livre na conformação do Direito que cria, na medida em que os elementos essenciais do ser humano se projetam para o seu conteúdo, fazendo com que a dignidade da pessoa humana seja o seu vetor, o seu norte, o seu paradigma, bem como a sua baliza nessa produção normativa jurídica; ela, a dignidade do homem, no mínimo condiciona a validade do Direito produzido, independente da fonte.

Esse novo paradigma da Filosofia do Direito determina uma contínua vinculação entre normas e valores e, conseqüentemente, entre Direito, Moral, Ética e outras ciências, a reelaborar o fio de continuidade da passagem da dimensão axiológica irreduzível do Direito, de geração para geração, superando a historicidade e o aspecto geográfico.

Nesse contexto de elementos e valores essenciais, o homem e a sua dignidade intrínseca e inalienável, enquanto valor-fonte do Direito, afirmam-se como o

fundamento e o limite do Direito, o que implica reconhecer que toda a compreensão do jurídico deve, necessariamente, partir da pessoa humana, daquele ser que, de forma peremptória, definimos como único, irrepetível, insubstituível, e que não é uma síntese entre o individualismo e o socialismo - até porque não se trata de um jogo de opostos, razão de nossa crítica ao personalismo na proposição de Jacques Maritain.

Se a essência do Direito é indisponível ao homem pois estritamente vinculado ao seu fundamento e seus fins - o homem e sua dignidade -, é possível afirmar a dignidade humana como uma verdade e um valor absoluto a condicionar todo o Direito, assim como a deslegitimar toda a produção jurídica que não a leve em conta, inclusive produção normativa constitucional.

Como realidade social, o Direito aparece como resultado de emergir e se construir como fator humano, porque existe justamente em razão do contexto social em que o próprio homem nasce inserido (família, grupo, comunidade, sociedade, Estado, Comunidade Internacional). Daí porque o próprio Direito é algo anterior ao Estado e natural do homem, na medida em que a ordem se impõe ao convívio em sociedade como corolário de qualquer ordem social.

Se a essência do Direito é indisponível ao homem no contexto relacional, o será também, e pelos mesmos fundamentos, indisponível às sociedades, aqui considerando o estado social como inerente à condição humana, uma vez que ele surge da necessidade, mais que isso, da imprescindibilidade de os indivíduos viverem uns com os outros para o desenvolvimento de sua personalidade (de sua condição de pessoa) e para a realização de seus fins últimos, porquanto só no ambiente relacional é que o homem é capaz de satisfazer suas necessidades individuais e coletivas, sejam elas materiais ou imateriais (psicológicas e espirituais), numa compreensão de plenitude.

Por isso, renova-se a ideia de que colocar o homem como escravo de leis, inclusive das Leis Constitucionais, independente do seu conteúdo, equivale a absorvê-lo pela ideia de poder. Daí a imprescindibilidade de desenvolver uma Filosofia do Direito, de matriz antropológica e de caris personalista que, agregando valor ético ao ser humano, elevando sua dignidade à essência de seu imperativo categórico, como anteriormente abordamos neste estudo.

Isso nos permite afastar a definição formalista do Direito como um conjunto de normas, em sentido lato, emanadas de uma autoridade estatal e produzidas em conformidade com uma lei anterior, a partir da Constituição, porque esse conceito é incompleto e pode não coincidir com a ideia mesma de Direito, uma vez que mesmo

sociedades justas podem produzir leis injustas; o Direito não pode fechar os olhos para valores, muito especialmente, para o seu referencial essencial - o homem e sua dignidade -, pena de configurar o não-Direito e a condená-lo a ser essencialmente arbitrário ou uma pauta simples decisional veiculatória da vontade dos titulares do poder político convertido em lei. É isso, também, que nos permite afirmar a solidariedade como uma norma *jus cogens*.

Podemos, sim, afirmar que a solidariedade é uma norma *jus cogens*, ou seja, uma norma imperativa de Direito Internacional geral, em relação à qual nenhuma derrogação é possível, o que poderíamos chamar de “comunitarização” do Direito, uma espécie de normatividade que intenta denunciar a inconsistência da postura realista e da teoria dualista como fundamentadora do Direito Internacional Público, preconizando que o Direito Internacional e o Direito interno são ordens jurídicas distintas, independentes e estanques uma da outra, porque somos cidadãos do mundo, formando uma grande sociedade de seres humanos, com primazia sobre qualquer ideia de soberania estatal, no sentido de que essas normas imperativas podem influir de forma automática na ordem jurídica interna estatal, salvo se todo o pactuado (autovinculação) se incorporar, conforme previsto na própria Constituição.

Essa é a ideia aqui defendida, a partir da compressão do Direito em si como precedente a toda e qualquer comunidade política (seja o Estado, seja a Sociedade Internacional) e que, enquanto realidade humana, é feito pelo homem e para o homem, seu pressuposto lógico e ontológico, que constitui seu fundamento e seus fins, e que refuta a compreensão de que o Direito Internacional e o Direito Interno sejam duas ordens jurídicas estanques, pois, tratando-se de “Direito”, cuja essência é indisponível ao Poder, encontram, ambas, no homem e na dignidade da pessoa humana (e, logicamente nos direitos fundamentais e deveres fundamentais que da dignidade humana imediatamente decorrem), seu princípio unificador. Aliás, estamos convencidos de que esse mesmo princípio unificador está também na essência do “Direito Supralegal”, alimentado pela teoria de Otto Bachof, como no cerne da *grundnorm* pensada por Hans Kelsen.

Com isso reiteramos nossa compreensão de que os fundamentos e os fins do Direito, quer para o Direito Internacional quer para o Direito Interno, não se enclausuram nas ideias de soberania, de interesses nacionais ou supranacionais, mas, se sustentam numa Filosofia do Direito estruturada em normas e princípios gerais necessariamente vinculados à tutela da pessoa humana e de sua dignidade, logo, em

contexto do qual a liberdade, a segurança e a justiça que lhes são indissociáveis e indisponíveis - a justificar uma postura monista -, constitutivos de uma ordem interna e externa em que o papel da Política não lhe derroque a primazia, uma vez que subordinado às exigências da liberdade em sentido amplo, da segurança, da justiça e solidariedade, da ética, da responsabilidade de todos pelo destino da humanidade inteira e a paz mundial, com mais razão no que respeita aos direitos fundamentais de terceira dimensão, nomeadamente, nos aspectos em que o seu aviltamento colocam em risco a existência da própria humanidade.

Um reconhecido exemplo de norma *jus cogens* está justamente na *Declaração Universal dos Direitos Humanos* que, não obstante não seja propriamente um *Tratado*, possuiu uma *obligatoriedade material*, porquanto votada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, dando especial ênfase a esse novo papel que, na conciliação entre essas duas ordens jurídicas, o Direito tem a realizar, justamente para cumprir as exigências da liberdade em sentido amplo, da segurança, da justiça e solidariedade, da ética, da responsabilidade de todos pelo destino da humanidade inteira e da paz mundial, como valorização de todos e de cada um, ou seja, de cada pessoa que, neste mundo, compartilha da mesma condição humana.

Não por outra razão, a Carta das Nações Unidas, mediante a qual a Organização das Nações Unidas foi criada, direcionou a maior parte de seu conteúdo a tais fundamentos; seu intuito foi o de criar e manter um espaço jurídico-político internacional inteiramente renovado, afirmando “...a fé nos direitos fundamentais do homem, da dignidade e do valor de cada ser humano, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das grandes e pequenas nações, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do Direito Internacional possam ser mantidos...”, como afirma em seu preâmbulo, fazendo certo que a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, Resolução emanada da entidade pela Carta criada (a ONU), em substância, condensa os valores e os interesses essenciais do ser humano, do Direito, do Estado e da Comunidade Internacional, envolvente de uma postura de princípios sobre a realidade material fundamental da humanidade, daí a sua qualificação como *jus cogens*, seu grau de obligatoriedade, sua imperatividade e sua inderrogabilidade aptas a fornecer as bases inarredáveis, com prevalência para as mais diversas decisões essenciais internacionais, seja impondo limites ou mesmo direcionando a Comunidade Internacional para determinados objetivos.

Eis o verdadeiro papel do Direito e a função fundamental que, dentro dessa perspectiva, ele deve realizar, mormente quando os bens que estão, nesse cenário, em jogo, vão muito além dos interesses nacionais, mas pertencem ao patrimônio da humanidade e à dignidade da pessoa.

Uma norma *jus cogens* não se traduz como uma norma qualquer; ela é uma norma imperativa de Direito Internacional comum porque é reconhecida e exigida pela Comunidade Internacional de Estados, conformadora, portanto, de um *senso comum mundial* (que lhe confere indefectível legitimidade) em torno de uma ordem axiológica e de princípios mínimos a serviço da dignidade da pessoa humana, que está à sua base.

Portanto, a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* é uma norma da qual nenhuma derrogabilidade é admitida, e que sanciona com nulidade qualquer convenção ou tratado que com ela conflite, inclusive, a nosso modo compreendê-la, as normas constitucionais oriundas da vontade decisória do próprio Estado, cuja soberania não pode justificar que a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* seja preterida.

Portanto, a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* não é uma norma dispositiva, mas imperativa (por isso *jus cogens*), fazendo certa a existência de uma substancial diferença entre as obrigações de um Estado na relação pactual com outro, e os deveres (*erga omnes*) de um Estado para com a Comunidade Internacional, ou Comunidade de Humanos (independente de suas fontes), um ambiente em que todos os Estados podem ser considerados como tendo interesses comuns inalienáveis, um *bem comum internacional*, norteados pela ideia mesma de Direito (seu fundamento e fins), se lhe impondo deveres que não se circunscrevem à noção de respeito aos direitos dos demais, mas, aqui, também, de deveres de agir e auxiliar a que todos os demais conservem a sua humanidade e sua dignidade, segundo exigências da liberdade em sentido amplo, da segurança, da justiça e solidariedade, da ética, da responsabilidade de todos pelo destino da humanidade inteira e a paz mundial.

É nesse contexto que o *princípio da solidariedade* é um *jus cogens* internacional, porque a pessoa humana e sua dignidade imanente, da qual decorre a própria solidariedade, está à base estruturante dessa norma cogente que é a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, que nem mesmo a soberania estatal pode derrogar, porque, em tais aspectos, os Estados, individualmente, nada podem constituir, apenas reconhecer, proteger e promover, pois são a ela heterovinculados.

Não há argumento de *supremacia* ou de *força normativa* da Constituição que possam suplantar essa condição, pois a solidariedade se afirma e representa, em nível

internacional, como constitutiva da própria dignidade humana, uma igualdade fundamental de todos na humanidade comum; então, forçoso concluir que essa parametrização repousa no respeito à pessoa humana e sua inerente dignidade, nos valores axiologicamente superiores em torno de seu conteúdo, refletindo uma consciência comunitária jurídica universal, expressos na *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Dela é possível extrair os valores axiologicamente superiores (*valores universais* ou *invariantes axiológicas*) reveladores de uma *Consciência Jurídica Universal* em torno do homem e da sua dignidade imanente, de onde predicamos o dever de solidariedade e seus limites de atuação.

Se a essência do Direito - enquanto realidade humana, feita pelo homem e para o homem, tendo nele e em sua dignidade inalienável seus fundamentos e fins -, no que tange aos Direitos Humanos, anterior e indisponível ao próprio Estado e mesmo à Comunidade de Estados, esse Direito essencial e pré-estatal deve ser reconhecido a partir da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* que, na linha do pensamento bachofiano, configura uma espécie de súmula representativa dos valores axiológicos superiores fundantes de uma consciência jurídica geral e universal do que seja o conteúdo mínimo dessa dignidade, razão pela qual a podemos sustentar como uma norma *jus cogens*, imperativa e inderrogável por qualquer norma do Estado, impositiva de um verdadeiro *Estado de Direitos Humanos* (pois são eles que justificam o Estado, e não o contrário).

Essa perspectiva reforça a ideia de o *princípio da solidariedade* ser, igualmente, uma norma *jus cogens*, porquanto a própria solidariedade, hoje assumida como um valor constitucional, internacional e comunitário, decorre imediatamente da condição humana, pela dimensão social do ser humano, sendo dele algo permanente e constitutivo, à medida que se assume, também, como dantes transcrito, como “*estatuto de valor inerente à dignidade humana: sem solidariedade, a vida é menos digna e sem dignidade a solidariedade torna-se desumana*”. Posto nestes termos, o *Estado de Direitos Humanos* não deixa de ser, também, um *Estado de Solidariedade*.

Por fim, a conclusão de que o princípio da solidariedade, uma norma *jus cogens* e heterovinculante, que independe de convenção ou constituição pelo poder Político Estatal, sendo imperativa e inderrogável, que almeja a realização do “*bem comum*”, e ganha concretização por meio dos deveres fundamentais (deveres de solidariedade) opera sempre de modo supletivo ou segundo o princípio da subsidiariedade.

O ponto de partida desse raciocínio será sempre o reconhecimento de que todo o ser humano é dotado de uma dignidade e, como tal, merecedor de bens materiais e imateriais que constituem uma existência plena e feliz, e do direito de participar, em pé de igualdade, não de chances, mas de resultados do *bem comum* segundo uma ideia de igualdade substancial e de justiça, em assumida postura de que o princípio constitucional da solidariedade, configurando uma necessidade racional constitutiva do ser humano, é, também, a consagração do Estado do bem-estar Social e se impõe ao Estado, à Constituição e à Comunidade Internacional (como um autêntico *jus cogens*), quer pela sua razão humana, quer pelo fato de integrar aquela síntese de valores superiores inscritos na consciência jurídica universal em torno do homem e sua dignidade inscritas na Declaração Universal dos Direitos Humanos. O Estado Social é, portanto, uma figura ontologicamente constitucional e o bem-estar a ele se impõe, como se impõe à Comunidade Internacional.

O dever de solidariedade está, nessa linha de raciocínio, diretamente ligado à ideia de *Justiça Distributiva*, envolvendo necessariamente a distribuição de riquezas, evidentemente reconhecendo suas limitações e escassez entre todos, notadamente, aqueles que se acham em situação de maior vulnerabilidade, usando a lei como instrumento voltado a reduzir as desigualdades sociais, como políticas públicas que tenham por finalidade o tratamento desigual aos desiguais.

O mesmo dever de solidariedade, de outra banda, determina o dever de cada um, em todos os níveis de relações sociais, impondo-se como *Justiça Social*, exigindo esforços coletivos na realização do *bem comum*, bem como a atuação conjunta e cooperativa de todas as classes sociais, com o fito de construção de uma sociedade pautada pelo alcance e pela universal fruição da prosperidade material e imaterial, sem abrir mão, assim, das tarefas ao Estado no âmbito da Justiça Distributiva e Política, na persecução dos fins últimos da vivência coletiva que é a dignidade ou a felicidade de todos e de cada um, conforme cada um definir. Logo, implica sempre uma imposição de dever de apoio, de meio, *nunca de definição dos fins*.

Evidentemente, a vida social é necessária e constitutiva da condição humana; melhor dizendo, é condição de possibilidade para a realização da dignidade integral da pessoa humana, seja ela traduzida como *felicidade* ou, numa perspectiva aristotélica, como *uma autossuficiência* que torna o ser humano carente de nada, mas sempre comportando um entendimento de que essa dimensão social integra a matéria de direitos humanos, seguindo as ideias de dignidade, plenitude e reconhecimento.

Entretanto, qualquer leitura adequada de dignidade da pessoa humana não pode deixar de considerar, com primazia, a sua dimensão individual, que, para além de uma perspectiva meramente biológica, portadora de um genoma que faz dela integrante da espécie humana, um exemplar único, irrepetível e insubstituível relativamente a todos os demais seres humanos, ela é também uma realidade, dotada de racionalidade e de um conteúdo interior, que lhe conferem um componente ético e a capacidade de determinar os seus fins. O ser humano é o único que pode defini-lo, como o único capaz de superar a si próprio. Ele mesmo se insere numa categoria ético-axiológica a demarcar o suposto ontológico de todas as construções jurídicas na matéria de sua personalidade particular. O indivíduo é pessoa porque é, primeiramente, indivíduo, embora a dimensão social lhe seja constitutiva e indissociável. É nessa necessária lógica que ser pessoa é, invariavelmente, constituir a causa do Direito e não as consequências dele, uma vez mais justificando a sua precedência em relação ao Direito, ao Estado, à Constituição e ao Poder.

Por isso, a dignidade da pessoa humana pressupõe o livre desenvolvimento dessa condição, ou seja, o livre desenvolvimento dessa personalidade, e isso implica que seja exclusivamente do indivíduo a decisão de como conformar os seus fins, decidir o que vai ser, como vai viver, enfim, a possibilidade de escolher o seu próprio ser, o que lhe acarreta as correlatas e inarredáveis consequências, nas várias esferas de repressão estatal (administrativa, civil e penal, ou seja, da menos a mais severa), de suas escolhas, segundo uma ordem axiológica de valores superiores que estão à base de suas normas de convivência, todas necessariamente centradas na pessoa humana.

Em face dessa primazia individual da pessoa humana, nenhuma dimensão social, dimensão dela inerente, pode retirar dela mesma o direito e o dever de eleger seus próprios fins. Logo, a solidariedade que decorre dessa dimensão social do homem e o *“bem comum”* que ela intenta realizar, deve constituir os fins absolutos da Política, mas não pode, de modo algum, se confundir ou autorizar que se substitua ao homem na escolha dos fins.

Como a sociabilidade de cada pessoa se manifesta em diferentes estratos da vida social, isso importa, também, concluir, que a própria dignidade da pessoa humana se realiza diferentemente em cada um deles, ou seja, cada um desses estratos sociais realiza uma dimensão da dignidade de cada pessoa humana, cuja conformação demanda diversos níveis de solidariedade (enquanto uma das formas de expressão ou de ser da justiça) que opera em cada um desses estratos.

Ora, se, por tais perspectivas, enquanto pessoas humanas, dotadas de uma igual dignidade que, para além de uma dimensão primeiramente individual, é também, e necessariamente, social, como constitutiva do homem, isso significa que estamos todos ligados uns aos outros, razão pela qual todas as entidades públicas e privadas se acham, como já afirmamos, vinculadas ao princípio da solidariedade, numa franca superação da dicotomia *público-privado*.

A subsidiariedade veicula, invariavelmente, os sentidos de auxílio, de apoio, de complemento, de algo supletivo, carregando a noção de subsídio, sem desprezar uma leitura também possível de esforço conjunto, condensando a noção de concorrência de vários entes nessa complementação e supletividade.

Como se vê, numa proposta de *Justiça Distributiva*, que implica a realização da solidariedade por meio do *bem comum*, que ganha concretude com deveres, sua operatividade, segundo o princípio da subsidiariedade, desautoriza o Estado absenteísta, alheio ao que ocorre dos demais estratos sociais, dicotomizado da sociedade,

Por outro lado, e do mesmo modo, a dignidade da pessoa humana, nesse quadro, repudia o Estado paternalista e provedor que desestimule iniciativas privadas e reduza o homem de sua capacidade; de sua autorresponsabilidade; de sua responsabilidade comunitária e, por conseguinte, que lhe subtrai a dignidade.

Os vários estratos sociais devem ser compreendidos a partir do próprio homem, pela racionalidade e autonomia que lhes são inerentes, e devem se conduzir na busca das condições de realização de seus fins, cujo conteúdo não é suscetível de colmatação por qualquer estrato social de maior dimensão, lembrando que o conteúdo do “*bem comum*” só pode ser definido por quem apoia e auxilia no desenvolvimento da personalidade humana. A dignidade da pessoa humana inadmite substituição nessa seara.

Uma perspectiva personalista, que respeita a dignidade da pessoa humana na realização do “*bem comum*”, por meio do princípio da solidariedade, determinará sempre como critério de distribuição das tarefas empreendedoras do “*bem comum*” o princípio de subsidiariedade que afirma a não interferência de uma ordem superior sobre uma ordem inferior. Opõe-se aos coletivismos, traçando os limites da intervenção da comunidade política, mas recusa o individualismo, já que a dignidade da pessoa humana não pode ser realizada pelo indivíduo isolado.

Por outro lado, o princípio da subsidiariedade obriga a ordem superior a agir, subsidiando as ordens que lhes são inferiores em suas necessidades. Assim, a

subsidiariedade comporta uma dimensão negativa que traz intrínseca a noção de *limite* (um freio) à intervenção de uma ordem superior, porque impede que uma autoridade ou uma coletividade mais ampla possam obstar uma pessoa, um grupo de pessoas ou uma coletividade menos abrangente de conduzirem suas próprias ações; antes, essa dimensão ordena um dever de abstenção de agir nos domínios em que uma coletividade de menor abertura seja autossuficiente ou, dito de outro modo, tenha capacidade suficiente para atuar de modo eficiente. Não cabe a ele ditar aos estratos sociais menos amplos, como no imaginário de Tomás Morus, em sua *Ilha da Utopia*, o conceito e o conteúdo de felicidade, de eudaimonia ou de dignidade, nem estabelecer de que modo esses estratos vão se organizar para a satisfação de suas necessidades. O Estado que subsidia quem ou aqueles que não necessitam de auxílio ou que se substitui às demais esferas sociais na realização de seus fins nega a dignidade da pessoa, pois dela subtrai o reconhecimento de sua racionalidade, de sua liberdade e de sua capacidade de autodeterminação em relação ao seu próprio destino, é dizer, do desenvolvimento da personalidade de cada um, segundo definido pelas pessoas. Um tal Estado não poderia ser designado como *Estado do Bem Estar* ou *Estado Providência*, mas *Estado de Asfixia*, porque suprime a autonomia do ser humano e não permite o desenvolvimento da personalidade de cada um, aniquilando a liberdade, o livre arbítrio, conceitos indissociáveis de responsabilidade.

Mas, ao contrário, a *dimensão positiva da subsidiariedade* (como um acelerador) opera como um *dever* e, ao mesmo tempo, como uma justificação, para que uma autoridade superior haja em prol do *bem comum*, seja por meio de estímulo, seja por meio de suplemento, apoio ou mesmo substituição, naquilo em que a instância inferior se mostrar insuficiente ou incapaz de alcançar por si ou isoladamente.

Daí a importância de a finalidade de uma coletividade - que não o próprio indivíduo visto segundo uma dimensão individual e secundariamente social, porque este tem a primazia de eleger seus fins, de modo que o apoio só pode ser pensado em termos de meios, e não de fins - de maior amplitude ser a mesma (os fins últimos, o “*bem comum*” podem aí se unificar) das comunidades de menor amplitude, na medida em que estas naquelas se integram, dando-se aí a conciliação entre a liberdade e o “*bem comum*”, entre a autonomia e a responsabilidade.

Isso quer precisamente significar que, segundo a dimensão negativa da subsidiariedade, numa visão bem ampla, a Comunidade Internacional não deve interferir ou subsidiar cada Estado Nacional, salvo se houver uma necessidade de auxílio que

justifique uma intervenção. Idêntico raciocínio vale para as relações entre as Comunidades Políticas, entre cada uma delas e as sociedades menores, as comunidades, os grupos intermédios, as famílias e o indivíduo. Estas, livres, como regra, para definirem os seus fins, irão se estruturar e fazer escolhas tendentes a realizar o “*bem comum*” de cada esfera.

Por outro lado, a dimensão positiva da subsidiariedade ordena e exige, em caminho inverso, que, em havendo *insuficiência* ou *incapacidade* para alcançar aquelas condições de uma existência digna, que um estrato social superior atue, em efetivo, subsidiando, regressivamente, cada estrato social de menor abrangência, o que, em nossa leitura, não traduz uma proposta de ausência de Estado, nem de Estado mínimo ou de uma simples postura de mais sociedade e menos Estado; antes de um modelo estatal que, respeitando a dignidade da pessoa humana, estimula a autorregulação, autorresponsabilidade e a responsabilidade comunitária em cada estrato social, bem como a participação de cada pessoa na solução dos problemas de sua esfera social, como na formação de políticas públicas de realização do “*bem comum*”, nela buscado, deixando o dirigismo estatal como um suporte, uma garantia, um esteio de auxílio no desenvolvimento da liberdade de cada um na realização de seus fins. Em uma palavra: o último garante, mas sempre, invariavelmente, das condições necessárias à realização da dignidade de todos e de cada um, no apoio ao desenvolvimento da personalidade de cada ser humano, livre para escolhas, mas invariavelmente vinculado às consequências.

Ao término deste estudo, em que nos propusemos enfrentar o desafio de investigar a solidariedade, seu processo de afirmação histórica, seu sentido, seu fundamento último, sua vinculatividade, sua condição de norma *jus cogens*, heterovinculante, que realiza o *bem comum* por meio de deveres fundamentais, operando sempre em caráter supletivo, resta-nos a convicção de que não podemos nos julgar alheios a nada que toca o homem e à sua dignidade imanente, o que nos faz um convite à reflexão de que somos todos patíopes ativos da devedosidade que da condição humana e sua dignidade intrínseca trazem em si.

BIBLIOGRAFIA

- ABBAGNANO, Nicola. *La História de La Filosofía*. Tomo I. 1ª ed. Barcelona: Montaner y Simon. S.A. Editores, 1955.
- AGESTA, Luis Sanches. *Curso de Derecho Constitucional Comparado*. 5ª ed. Madrid: Facultad de Derecho-Sección de Publicaciones, 1974.
- ALEXYY, Robert. *Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade*. Tradução de Luís Afonso Henck. Revista de Direito Privado. Ano 6. Vol.24. São Paulo: RT, outubro-dezembro de 2005.
- ALMANSA PASTOR, Jose Manuel. *Derecho de la Seguridad Social*. 2ª ed. Madrid: Editora Tecnos, 1977.
- ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo C.B. *Curso de Filosofia do Direito*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- ALTHUSIUS, Johannes. *Política*. Tradução de Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003.
- ALVEAR, Julio. *El Envilecimiento del Bien Común: entre Liberalismo e Clericalismo*. In Miguel Ayuso Ed. *El Bien Común: Questiones Actuales e Implicaciones Político-Jurídicas*. Madrid: Fundación Elias de Tejada, 2013.
- AMARAL, Gutavo; MELO, Danielle. *Há Direitos Acima dos Orçamentos?* In SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano (Orgs.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- ANTISERI, Dário; REALI, Giovanni. *História da Filosofia*. São Paulo: Paulinas, 1990.
- ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Tradução de Roberto Raposo. Lisboa: Relógio D'água, 2001.
- ARENDT, Hannah. *A Dignidade Política*. Tradução de Helena Martins. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993.

ARENDT, Hannah. *Entre o Passado e o Futuro*. Lisboa: Relógio d'Água, 2006.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

ARISTÓTELES. *Retórica*. Tradução e notas de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2011.

ARNAUD, André-Jean. *Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito*. Tradução de Patrice Charles, F. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil - Teoria Geral*. Volume I. *Introdução às pessoas e aos bens*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan. *Las Piezas del Derecho-Teorias de los Enunciados Jurídicos*. Barcelona: Ariel, 1996.

AVELINO, Pedro Buck. *Princípios da Solidariedade: Imbricações Históricas e sua Inserção na Constituição de 1988*. Separata de: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, nº 53, out/dez, 2005.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos princípios jurídicos*. Malheiros: São Paulo, 2004.

AYUSO, Miguel. *Por qué El Bien Común? Problemas de um desconocimiento y razones para uma rehabilitación*. In Miguel Ayuso Ed. *El Bien Común: Questiones Actuales e Implicaciones Político-Jurídicas*. Madrid: Fundación Elias de Tejada, 2013.

BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O Princípio da Subsidiariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARBOSA DA SILVA, Ana Beatriz. *Mentes Perigosas*. Rio de Janeiro: Fontanar, 2010.

BARBOSA, Ricardo. *Dialética da Reconciliação: Estudos sobre Habermas e Adorno*. Rio de Janeiro: Uapê, 1996.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARREIRO, Ignácio. *La Enseñanzas Del Magistério sobre El Bien Común Temporal*. In Miguel Ayuso Ed. *El Bien Comum: Questiones Actuales e Implicaciones Político Jurídicas*. Madrid: Fundación Elias de Tejada, 2013.

- BARRIENTOS-PARRA, Jorge David. *Alguns Fundamentos Bíblicos na Formação Histórica dos Direitos Humanos*. In *Direito Constitucional Internacional dos Direitos Humanos*. PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BARRY, Brian. *Sustainability and Intergenerational Justice*. In *Theoria: A Journal of Social and Political Theory, Poverty, Justice and Economy*, nº 89, 1997.
- BARTHÉLEMY, Joseph et DUEZ, Paul. *Treité Élémentaire de Droit Constitutionnel*. Paris: Dalloz, 1926.
- BARZOTTO, Luis Fernando. *Justiça Social: Gênese, Estrutura e Aplicação de um Conceito, Direito e Justiça*. Porto Alegre: Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. V. 25, nº 28, 2003.
- BARZOTTO, Luiz Fernando. *O Positivismo Jurídico Contemporâneo*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.
- BENTHAM, Jeremy. *Os pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- BENTHAM, Jeremy. *Tracts on Poor Laws and Pauper Management*, 1797, in John Bowring ed. *The works of Jeremy Bentham*. V. 8. Nova York: Russel & Russel, 1992.
- BENTO XVI. Carta Enc. *Caritas in veritate*, de 29 de junho de 2009. http://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/pt/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate.html. Acesso em 18-08-2013
- BERGSON, Henri Bergson. *La Pensée et Mouvant. Essais et conférences*. Paris: Quadrige/Presses Universitaires de France, 1987.
- BERNARD, Claude. *Introduction à l'Etude de la Médecine Expérimentale*. Paris: Librairie Ch. Delagrave, 1988.
- BIELSA, Rafael. *Los Conceptos Jurídicos y su Terminología*. 3ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1987.
- BIGOTTE-CHORÃO, Mário Emílio. *Bioética, Pessoa e Direito*. In <http://www.ucp.pt/site/resources/documents/SCUCP/destaques-bioetica.pdf>. Acesso em 20-03-2013.
- BITTAR, Eduardo C.B. *Democracia, Justiça e Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia*. São Paulo: Editora Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. São Paulo: Edunb, 1994.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2011.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 18ª tir. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BODIAN, Jean. *Os Seis Livros da República*. Livro Primeiro (Coleção Fundamentos do Direito). São Paulo: Editora Ícone, 2012.

BOFF, Leonardo. *Águia e a Galinha: uma Metáfora da Condição Humana*. 24ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOSSUET, Jacques- Bénigne. *Memórias para Educação do Delfim*. In *tedebc.ufma.br*, acesso em 28.03.2019.

BOSSUET, Jacques-Bénigne. *La Política Según la Sagrada Escritura*. www.arealibros.republica.com. Acesso em 13 de fevereiro de 2019.

BRAGA, Roberto Saturnino Braga. *Ética e Política*. Contraponto: Rio de Janeiro, 2012.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Aprovada pela Assembléia Nacional Constituinte em 22 de setembro de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRÉHER, Émile. *Historia de La Filosofia*. Tomo Tercero. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, sem data.

BRUGGER, Winfried. *Dignity, Rigths, and Legal Philosophy within the Anthropological Cross of Decision-Making*. In VERLAG, Franz Steiner; BRUGGER, Winfried. *Human Dignity as a Foundation of Law*. Stuttgart: Nomos, 2013.

BRUNKHORST, Hauke. *Solidarität. Von der Bürger -freundschaft zur Globalen Rechtsgenossenschaft*. Frankfurt/Main: Suhrkamp, 2002.

BURCKHARDT, Jacob. *A Cultura do Renascimento na Itália Jakob Burckhardt Renaissance - Cultural history*. http://www.age-of-the-sage.org/history/historian/Jacob_Burckhardt.html, acesso em 10-01-2013.

BURKE, Raymond L. *Periodica de RE Canônica*. Vol. 96, 2007. 187.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009.

CARBONNIER, Jean. *Sociologia Jurídica*. Tradução de Diogo Leite Campos. Coimbra: Almedina, 1979.

CARDONA, Carlos. *La Metafísica del Bien Comun*. Madrid: Rialp, 1966.

CARVALHO, Francisco José. *Teoria da Função Social do Direito*. Curitiba: Editora Juruá, 2011.

CASTELLANO, Danilo. *Qué És El Bien Comu?* In Miguel Ayuso Ed. *El Bien Comum: Questiones Actuales e Implicaciones Político-Jurídicas*. Madrid: Fundación Elias de Tejada, 2013.

CASTELLANO, Danilo. *Racionalismo y Derechos Humanos*. Madrid: Madrid Pons, 2004.

CASTILHO, Ricardo. *Justiça Social e Distributiva*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CHALMETA, Gabriel. *Ética Social: Familia, Profession y Ciudadania*. Pamplona: Eunsa, 2003.

CHAUI, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ática, 2009.

CHAUI, Marilena. *Introdução à História da Filosofia*. São Paulo: Cia das Letras, 2002.

CICCO, Cláudio. *A História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CIRNE-LIMA, Carlos Roberto. *Dialética para Principiantes*. 3ª ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2007.

COMTE-SPONVILLE, André. *A Filosofia*. Tradução de Joana Angélica D'ávila Melo. São Paulo: Martis Fontes, 2005.

CONGO LEIVAS, Paulo Gilberto. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CONSTANT, Benjamin. *Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos*, V. 3. São Paulo: Atlas, 2015.

CORRÊA, André Rodrigues. *Solidariedade e Responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CORTELLA, Mário Sérgio. *Não Nascemos Prontos*. 14ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2012.

CORTÉS, DONOSO. *Ensayo sobre El Catolicismo, El liberalismo y El Socialismo*. In Miguel Ayuso Ed. *El Bien Comum: Questiones Actuales e Implicaciones Político-Jurídicas*. Madrid: Fundación Elias de Tejada, 2013.

D'AZÉGLIO, Luigi Taparelli. *Saggio Teorético di Diritto Naturale*. V.1. Roma: Edizioni nella Civittà Cattolica, 1949.

DAIBERT, Jéferson. *Direito Previdenciário e Acidentário do Trabalho Urbano*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

DANTAS, Francisco Clementino Santiago. *Palavras de um Professor*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DE CORTE, Marcel. *De la Justice*. Jarzé: Dominique Martins Morin, 1973.

DE PÁDUA, Marcílio. *Defensor da Paz*. Petrópolis: Editora Vozes, 1977.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, col II. verbete *dever*.

DELLA MIRANDÔLA, Giovanni Picolli. *Discurso sobre a Dignidade do Homem*. Lisboa: Edições 70, 1998.

DERRIDÁ, Jacques. *O Animal que Logo Sou*. Tradução de Fábio Landa. São Paulo: Editora UNESP, 2002.

DESCARTES, René. *Meditações Metafísicas*. 1641. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2016.

DESCARTES, René. *O Discurso do Método*. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&MPocket, 2008.

DI LORENZO, Wambert Gomes. *Teoria do Estado de Solidariedade*. Porto Alegre: Elsevier Editora, 2010.

DIAZ, Santiago Varela. *La Ideia de Deber Constitucional*. REDC, 4/1982.

DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA. <http://200.241.192.6/cgi-bin/houaissnetb.dll/frame>. Acesso em 13-12-2013.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, LEONARDO. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus Efeitos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. V. 2, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIP, Ricardo. *Ciudadanos para El Bien Común: la educación para la ciudadanía*. In Miguel Ayuso Ed. *El Bien Común: Questiones Actuales e Implicaciones Político-Jurídicas*. Madrid: Fundación Elias de Tejada, 2013.

DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. *A Justificação do Direito e sua Adequação Social: uma abordagem a partir da teoria de Aulis Aarnio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

DUGUIT, M. Lion. *Fundamentos do Direito*. Revisão e Tradução de Márcio Pugliesi, São Paulo: Ícone, 1996.

DUGUIT, M. Léon. *Le Droit Constitutionnel et la Sociologie*. Paris: Armand Colin et Cie. Editeurs, 1889, também publicada sob forma de artigo com o mesmo título pela *Revue Internationale de l'Enseignement*, de 15/11/1889.

DUGUIT, M. Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Tomo I, 3ª ed. Paris: A.Fontemoing Éditeurs, 1927.

DUMONT, Bernard. *Cuando El Bien Común 'no se Realiza': El Situación del Poder Ilegítimo*. In Miguel Ayuso Ed. *El Bien Común: Questiones Actuales e Implicaciones Político-Jurídicas*. Madrid: Fundación Elias de Tejada, 2013.

DURKHEIM, Émile. *De la Division du Travail Social*. Paris: Quadrige/Presses Universitaires de France, 1986.

DUVIGNAUD, Jean. *La Solidarité: Liens de Sentiment et Liens de Raison*. Paris: Fayard, 1986.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ERASMO DE ROTTERDAM. *Elogio da Loucura*. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2000.

ERLICH, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Brasília: Unb, 1986.

FARIAS, José Fernando de Castro. *A Origem do Direito de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FERNANDEZ, Maria José Roca. *La Tolerancia entre los Individuos como Deber Fundamental en el Derecho Alemán: Consideraciones Aplicables al Derecho Español*. In *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 3, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Interesse Público*. In *Revista do Ministério Público do Trabalho em São Paulo*. São Paulo: IMESP, 1995.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnicas, Decisão, Dominação*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

FICHTE, Johann Gottlieb, *apud* Georges Gurvitch, in *L'idée du Droit Social. Notion et système du Droit Social: histoire doctrinale depuis Le XVII siècle jusqu'à la fin du XIX siècle*. Paris: Recueil Sirey, 1932.

FINNIS, John Mitchell. *Lei Natural e Direitos Naturais*. Tradução de Leila Mendes. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2007.

FORSTHOFF, Ernest. *Concetto e Natura dello Stato Sociale di Diritto*. In *Stato di diritto in trasformazione*. Milão: Giuffrè Editore, 1973.

FRAÇOIS, Ewald. *L'Etat Providence*. Paris: Bernard Grasset, 1986.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo *et al.* *O Renascimento*. Apresentação de Edson Mota. Rio de Janeiro: Agir, Museu Nacional de Belas-Artes, 1978.

FRANÇOIS, Gény. *Science et Technique em Droit Privé Positif. Nouvelle Contribution à la Critique de la Méthode Juridique*. 1ª. Parte. Paris: Librairie de La Société du Recueil Sirey, 1914.

FRANKL, Viktor. *Em Busca de Sentido*. Petrópolis: Editora Vozes, 1991.

FREITAS, Juarez. *A Substancial Inconstitucionalidade da Lei Injusta*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1989.

FREITAS, Juarez. *As Grandes Linhas da Filosofia do Direito*. Caxias do Sul: UCS, 1986.

FURTADO, Celso. *Criatividade e Dependência da Civilização Industrial*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Tomo I, 4ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

GALEOTTI, Sergio. *Il Valore della Solidarietà*. In *Rivista Diritto e Società*, nº 1, 1996.

GALVÃO, Rafael. rafael.galvao.org.br, acesso em 07/05/2019

GILSON, Étienne. *Pour un Ordre Catholique*. Paris: Desclée de Brouwer, 1934.

GOMES CANOTILHO, Joaquim José. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2007.

GOMES CANOTILHO, Joaquim José. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Brançosos e Interconstitucionalidade*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim; MOREIRA, Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra, 2007.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim; MOREIRA, Vital. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2003.

GOUVEA, Jorge Bacelar. *Os Direitos Fundamentais Atípicos*. Lisboa: Editorial Notícias, 1995.

GOYARD-FABRE, Simone. *Fundamentos da Ordem Jurídica*. Tradução de Cláudia Berliner. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GOYARD-FABRE, Simone. *Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *A Interpretação do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini (Coordenadora). *A Tutela dos Direitos Difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984. In MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GRÓTIUS, Hugo. *Do Direito da Paz e da Guerra*. V. 2. Ijuí: Editora Unijuí, 2005.

GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes às Normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005.

GURVITCH, Georges. *L'Idée du Droit Social, Nation et Système du Droit Social. Histoire Doctrinale Depuis le XIIème Siècle Jusqu'à la Fin du XIXème Siècle*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1931.

HÄBERLE, Peter. *Dignidade Humana como Fundamento da Comunidade Estatal*. In SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Dimensões da Dignidade Humana: Ensaio Filosóficos do Direito e do Direito Constitucional*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

HÄBERLE, Peter. *Libertad, Igualdad, Fraternidad: 1979 como Historia, Actualidad y Futuro del Estado Constitucional*. Madrid: Trotta, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

HABERMAS, Jürgen. *Die Zukunft der menschlichen Natur*. Frankfurt am Main, 2001.

HART, Hebert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. 2ª ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HAURIOU, Maurice. *Le Droit Naturel et l'Allemagne*. In *Aux Sources du Droit, le Pouvoir, l'Ordre et la Liberté*. Paris: Librairie Bloud & Gay, 1933.

HAURIOU, Maurice. *Leçons sur Le Mouvement Social*. Paris: Librairie de la Société du Recueil Général des Lois des Arrêts. Larose, 1899.

HAURIOU, Maurice. *Police Juridique et Fond du Droit*. In *Aux Sources du Droit*. Paris: Librairie Bloud & Gay, 1933, publicado na *Revue Trimestrielle de Droit Civil*.

HAURIOU, Maurice. *Théorie de l'Institution et de La Fondation (Essai de Vitalisme Social)*. *La Cité Moderne et les Transformations du Droit, Cahier de La Nouvelle Journée*, nº 4. Paris: Librairie Bloud & Gay, 1925.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. 2ª ed. Brasília: Editora UNB, 1995.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HISKES, Richard P. *Envioronmental Human Rights and Intergenerational Justice*. In *Human Right Review*, 2006.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2006.

HÖFFE, Otfried. *Justiça Política*. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights*. New York: W.W.Norton & Company, 1999.

http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_po.html. Acesso em 13-04-2013.

http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_po.html. Acesso em 13-04-2013.

http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_po.html. Acesso em 13-04-2013.

http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_po.html. Acesso em 13-04-2013.

HUME, David. *Tratado da Natureza Humana*. Tradução de Débora Danwski. São Paulo: Editora UNESP, 2001.

HUME, David. *Dissertação sobre as paixões* (1757). Tradução de Jaimir Conte. www.conte.prof.ufsc.br, acesso em 13 de fevereiro de 2019.

HUME, David. *Investigação sobre o Entendimento Humano* (1748). Tradução Anoar Eieix. Versão para eBooks Brasil (br.egroups.com/group/acrópolis/): Editora Acrópolis, 2016.

HUME, David. *Investigação sobre os Princípios da Moral* (1751). Tradução de José Oscar de Almeida Marques. 2ª ed. Campinas: Editora Unicamp, 2013.

HUNT, Lynn. *A Invenção dos Direitos Humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

IRTI, Natalino. *L'Etat della Decodificazione*. 3ª ed. Milão: Giuffrè Editore, 1979.

JACOBY, E.G. *Hobbes Science of Politics*. New York: Columbia Press, 1966.

JEAN-JACQUES, Israel. *Droit des Libertés Fondamentales*. Paris: 1998.

JELLINEK, Georg. *Sistema dei Diritti Pubblici Subiettivi*. Milano: Società Editrice Libreria, 1912.

JOÃO PAULO II. *Carta Encíclica Centésimus Annus*. 1991.II, 12, Disponível em: http://www.vatican.va/edocs/POR0067/_INDEX.HTM. Acesso em 13-04-2013.

JOÃO PAULO II. Carta Encíclica *Veritatis splendor*, de 6 de agosto de 1993, núm.96

JOÃO PAULO II. *Carta Encíclica. 'Evangelium Vitae'*, de 25 de março de 1995.

JOÃO VI. In *Gaudium-et-spes*. Disponível em: http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19651207_gaudium-et-spes_po.html. Acesso em 21-03-2013.

JOÃO XXIII, *Carta Encíclica Pacem in Terris*. 1963, 140, disponível em http://www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem_po.html. Acesso em 13-04-2013.

JOÃO XXIII. Carta Encíclica *Mater et magistra*. 15 de maio de 1961.

JOÃO XXIII. *Carta Encíclica Pacem in Terris*. 1963, 139, disponível em http://www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem_po.html. Acesso em 13-04-2013.

KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua: um Projeto Filosófico*. São Paulo: Saraiva, 2008.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Tradução de Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros Escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002.

KANT, Immanuel. *Lógica*. Tradução de Artur Mourão. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2009. <https://drive.google.com/file/d/1phKBRax7scQgRuoRXRyiD-RXwxmzpsIr/view>, cesso em 22 de fevereiro de 2019.

- KANTOROWICZ, Ernest. *The King's Two Bodies - A Study in the Medieval Political Theology*. Princeton: Princeton University Press, 1957.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fonte, 2000.
- KELSEN, Hans. *A Ilusão da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça*. Tradução de João Baptista Machado. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Tradução de Jose Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990.
- KIRSTE, Stephan. *A Dignidade Humana e o Conceito de Pessoa de Direito*. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da Dignidade Humana*. 2ª ed., rev. e ampl. Tradução de Luís Marcos Sander. Revisão de Ingo Wolfgang Sarlet e Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- KOMMERS, Donald. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 2ª ed. Durham: Duke University Press, 1997.
- KOYRÉ, Alexandre. *Do Mundo Fechado ao Universo Infinito*. Lisboa: Gradiva, 1961.
- KRAUSE, Karl Friedrich. *El Ideal da Humanidade para la Vida*. Buenos Aires: Eduardo Pirié Editor, 1884.
- KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1997.
- KUIAVA, Antônio Ewaldo; BONFANTI, Janete. *Ética, Política e Subjetividade: Homenagem a Cecília Pires*. Caxias do Sul: Editora da Universidade de Caxias do Sul, 2009.
- LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José de Sousa e Brito e José António Veloso. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbeinkian, 1969.
- LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

LEÃO XIII. *Carta Encíclica Rerum Novarum*. 1891, § 6º, disponível em: http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html. Acesso em 13-04-2013.

LEÃO XIII. *Carta Encíclica Rerum Novarum*. Disponível em http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html, acesso em 17/01/2013.

LEIBINIZ, Wilhelm Gottfried. *Discurso da Metafísica*. São Paulo. Editora Ícone, 2004.

LEITE DE CAMPOS, Diogo José Paredes. *A Subsidiariedade da Obrigação de Restituir o Enriquecimento*. Coimbra: Almedina, 2003.

LIMA, Alceu Amoroso. *Introdução à Encíclica ‘Mater et Magistra’*, do Papa João XXIII. Tradução de Luiz José de Mesquita. Rio de Janeiro: Livraria José Olímpio Editora, 1963.

LIMA, Moacir Costa de Araújo. *Afinal, Quem Somos?* 4ª ed. Porto Alegre: Editora AGE, 2009.

LINARES, Juan Francisco. *Razonabilidad de las Leyes*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial AstreA, 2002.

LOCKE, John. *Ensaio sobre o entendimento humano*. 2V. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

LOCKE, John. *Primeiro Tratado sobre o Governo Civil*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil (Dois tratados sobre o governo)*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LÓPEZ, Jesús García. *El Bien*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1996.

LUCAS, Javier de. *La Polémica sobre los Deberes de Solidarieda. El Exemplo de Deber de Defensa y su Posible Concreción em um Servicio Civil*. In *Revista de Centros de Estudios Constitucionales*, nº 19, 2994.

LUHMANN, Niklas. *Grundrechte als Institution*. 4ª ed. Berlim, 1999

MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005.

MACIEL, Osmar Serva. *Princípio de Subsidiariedade e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2004.

MACINTYRE, Alasdair. *After Virtue*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1981.

MACPHERSON, C. B. *A Teoria Política do Individualismo Possessivo*. Tradução de Nelson Dantas. Rio de Janeiro: Editora Paz & Terra S.A., 1979.

MALDONADO ARDÓÑEZ, Alejandro. *Personalismo, Livre Desenvolvimento de la Personalidad y Dissolulucion del Bem Común*. In Miguel Ayuso Ed. *El Bien Común: Questiones Actuales e Implicaciones Político-Jurídicas*. Madrid: Fundación Elias de Tejada, 2013.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

MARCO TÚLIO CÍCERO. *Da República*. São Paulo: Edipro, 2011.

MARCO TÚLIO CÍCERO. *De Legibus*. Liv. I, 16. Lisboa: Tribuna da História Editor, 2010.

MARCO TÚLIO CÍCERO. *De Officiis*, Liv.II, 73. In *Dos deveres*. Título Original: *De Officiis*. Tradução: Alex Marins, São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

MARCO TÚLIO CÍCERO. *Diálogo sobre Amizade*. Disponível em <https://www.saraiva.com.br/dialogo-sobre-a-amizade-4897765.html>, acesso em 05 de março de 2019.

MARCO TÚLIO CÍCERO. *Os Três Livros de Cícero Sobre as Obrigações Cívicas*. Tradução para a língua portuguesa. 2ª ed. Lisboa: Typographia Rollandina, Lisboa, 1825, Liv.I.

MARCONDES, Danilo. *Iniciação à História da Filosofia: dos Pré-Socráticos a Wittgenstein*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

MARITAIN, Jacques. *Humanismo Integral*. São Paulo: Editora Dôminus, 1962.

MARITAIN, Jacques. *La Persona y el bien común*. Rio de Janeiro: José Olímpio, 1967; Buenos Aires: Club de Lectores, 1981.

MARITAIN, Jacques. *Os Direitos do Homem*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1967.

MARSHALL, T.H. *Citizenship and Social Class*, in T.H. Marshall, *Class, Citizenship and Social Development*. Chicago: The University of Chicago Press, 1964.

MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. *Los Deberes Fundamentales*, nº 4. Alicante: Doxa, 1987.

MARTÍNEZ-SICLUNA. *Las Falsificaciones Ideológicas del Bien Común*. In Miguel Ayuso Ed. *El Bien Comum: Questiones Actuales e Implicaciones Político-Jurídicas*. Madrid: Fundación Elias de Tejada, 2013.

MARTINS FILHO, Yves Gandra da Silva. In *Revista do TST*. Brasília, vol.66. nº 2, abr/jun, 2000.

MÁRTIRES COELO, Inocência. *Da Hermenêutica Filosófica à Hermeneutica Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTON, Scarlet. *Nietzsche Filósofo da Suspeita*. Casa da Palavra: São Paulo, 2010.

MARX, Karl. *O Capital*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto Comunista*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Editora Paz & Terra S.A., 2009.

MATEUS, Cibele Gralha. *Direitos Fundamentais Sociais e Relações Privadas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MAURER, Béatrice. *Notas sobre o Respeito da Dignidade da Pessoa Humana ou Pequena Fuga Incompleta em Torno de um Tema Central*. In SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Dimensões da Dignidade Humana: Ensaio Filosóficos do Direito e do Direito Constitucional*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MEINVIELLE, Julio. *Crítica de la Concepción de Maritain sobre la Persona Humana*. Buenos Aires: Epheta, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MERINO, J.A. *História de La Filosofia Franciscana*. Madrid: BAC, 1993.

MERQUIOR, José Guilherme. *O Liberalismo: Antigo e Moderno*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

MESSNER, Johannes. *Ética Social: o Direito Natural no Mundo Moderno*. Tradução de Alípio Maia de Castro. São Paulo: EDUSP, sem data.

MILL, John Stuart. *O Utilitarismo*. São Paulo: Iluminuras, 2000.

MILLON-DELSOL, Chantal. *Le Principe de Subsidiarité*. Paris: Press Universitaires de France, 1993.

MIRANDA, Jorge Miranda. *Direitos Fundamentais*. Estoril: Principia, 2006.

MIRANDA, Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo V. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 5ª ed, Coimbra: Coimbra, 2003.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2003.

MIRANDA, Jorge. *O Tratado de Maastrich e a Constituição Portuguesa*. Brotéria, nº 136, 1993, pp.365-366.

MONTESQUIEU (Charles-Louis de Secondat). *Do Espírito das Leis*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin. *O Conceito de Dignidade Humana: Substrato Axiológico e Conteúdo Normativo*. In SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MORAIS, José Luis Bolzan. *A Idéia de Direito Social. O Pluralismo Jurídico de Georges Gurvitch*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Almedina, 2004.

NABAIS, José Casalta. *Por uma Liberdade com Responsabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

NASCIMENTO, Evandro. *Derrida*. Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar (Coleção Filosofia Passo a Passo), 2004.

NEVES, António Castanheira. *O Princípio da Legalidade Criminal*. In *Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra. Número especial: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*. V. 1, 1984.

NIETZCHE, Friedrich Wilhelm. *Humano, Demasiado Humano*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

NIETZCHE, Friedrich Wilhelm. *Para Além do Bem e do Mal*. Tradução de Carlos Duarte e Ana Duarte. São Paulo: Martin Claret, 2005.

NOVAIS, Jorge Reis. *A Dignidade da Pessoa Humana, Dignidade e Direitos Fundamentais*. V. I. Coimbra: Almedina, 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: Do Estado Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006.

NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

NUNES, Pedro. *Dicionário de Tecnologia Jurídica*. 12ª ed., 2ª.tir. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993.

NUNES, Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana* 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 2009.

OPPO, Giogio. *Sui Principi Generali de Diritto Privato*. *Revista de Diritto Civile*, ano XXXVII, nº 1, 1991.

ORLANDI, Hector Rodolfo. *Democracia y Poder*. Buenos Aires: Ediciones Pannedille, 1971.

OTERO, Paulo Otero. *Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: a Inconstitucionalidade de Normas Constitucionais?* In *O Direito*, 1990, III-IV.

OTERO, Paulo. *Democracia Totalitária*. 1ª ed. Cascais: Principia, 2001.

OTERO, Paulo. *Direito da Vida: Relatório sobre o Programa, Conteúdos e Métodos de Ensino*. Coimbra: Almedida, 2004.

OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*. V.I, Coimbra: Almedina, 2007.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007.

OTERO, Paulo. *Lições de introdução ao estudo do direito*. Tomo I. Lisboa: Pedro Ferreira, 1998.

OTERO, Paulo. *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. Volume I, 2º Tomo, Lisboa: Pedro Ferreira Ed., 1999.

OTERO, Paulo. *O Poder de Substituição em Direito Administrativo*. Vol.I. Lisboa: Lex, 1995.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Teoria Geral Crítica do Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos*. In *Direito Constitucional Internacional dos Direitos Humanos*. PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

PAPA FRANCISCO. Carta Encíclica *Laudato si*, de 18 de junho de 2015. Disponível em <http://www.m.vatican.va/encyclicals/documents>, acesso em 23/04/2019.

PARROT, M. *Da Revolução Francesa à Primeira Guerra*. In *Histórias da Vida Privada*. M.Perrot (Org.). V. IV. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

PEPE, Gabriele. *La Solidarietà Intergerazionale quale Strumento di Giustizia Redistributiva*. In *Rivista AmbienteDiritto.it*, 2016.

PEREIRA COUTINHO, Luís Pedro. *A Autoridade Moral da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

PEREIRA COUTINHO, Luís Pedro. *Human Dignity as a Brackgroud Ideia*. In VERLAG, Franz Steiner; BRUGGER, Winfried. *Human Dignity as a Foundation of Law*. Stuttgart: Nomos, 2013.

PEREIRA DE FARIAS, Edilson. *Colisão de Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Atual. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2000.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fautos de. *Manual de Direito Internacional Público*. Coimbra: Almedina, 1997.

PERES-LUÑO, Antônio Henrique. *Los Derechos Fundamentales*. 6ª ed. Madrid: Editora Tecnos, 1995.

PÉREZ ARGOS, Baltasar S.J. *Libertad Religiosa: Ruptura o Continuidad*. Verbo. Série XXIII - Núm. 229-230, 1984.

PESSOA, Fernando. *Nada fica de nada. Nada Somos* Ricardo Reis (heterônimo). In <http://arquivopessoa.net/textos/1809>. Acesso em 13 de fevereiro de 2019.

PESSOA, Fernando. *Tenho mais almas que uma*. Ricardo Reis (heterônimo). In <http://www.citador.pt/poemas/tenho-mais-almas-que-uma-ricardo-reisbrheteronimo-de-fernando-pessoa>. Acesso em 13 de fevereiro de 2019.

PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1989.

PINTO BRONZE, Fernando José Couto. *Lições de Introdução ao Direito*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

PIO VI. Carta Encíclica *Adeo nota*, de 23 de abril de 1791.

PIO XI. *Carta Encíclica Divini Redemptoris*, de 19 de março de 1937.

PIO XI. *Carta Encíclica Quas primas*, de 11 de dezembro de 1925.

PIO XI. Carta Encíclica *Ubi Arcano*, 23 de dezembro de 1922.

PIO XI. *Carta Encíclica Quadragésimo Ano*, de 15 de maio de 1931, Ano X.

PIO XI. *Carta Encíclica Quadragésimo Ano*. XI. Disponível em http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadagesimo-anno_po.html, acesso em 17/01/2013.

PIO XI., *Quadragésimo anno*, n. 25, 15 de maio de 1931.

PIO XII. *Carta Encíclica Summi Pontificatus*, de 20 de outubro de 1939.

PIO XII. In Carta Encíclica *radiomessage-christma:disponível em* http://www.vatican.va/holy_father/pius_xii/speeches/1942/documents/hf_p-xii_spe_19421224_radiomessage-christmas_po.html. Acesso em 21-03-2013.

PLATÃO. *A República*. Tradução de Pietro Nissetti. São Paulo: Martin Claret, 2003.

PLATÃO. *Apologia a Sócrates*. Tradução de André Malta. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2008.

PLATÃO. *Diálogos de Platão*. Tradução de Carlos Alberto Nunes. Belém do Pará: Editora da Universidade Federal do Pará, 1975.

PLATÃO. *Fédon: Diálogo Sobre a Alma e Morte de Sócrates*. São Paulo: Edipro, 2011.

PONTIER, Jean Marie. *La Subsidiarité em Droit Administratif*. In *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'étranger*. V. 5. Paris, 1986.

POPPER, Karl. *As Sociedades Abertas e seus inimigos*. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, V.2. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1974.

POPPER, Karl. *O Racionalismo Crítico na Política*. Brasília: Unb, 1981.

PORTUGAL, Constituição da República Portuguesa de 1976. Redigida pela Assembléia Constituinte em 25 de abril de 1975. Entrou em vigor em 25 de abril de 1976.

PRADO, Luis Régis; KARAM, Munir (Coordenadores). *A Visão Integral do Direito em Kelsen*. In *Estudos de Filosofia do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

PROUDHON, Pierre-Joseph. *O que é a Propriedade?* www.anarquista.net. Acesso em 10 de fevereiro de 2019.

PUFENDORF, Samuel. *De los Deveres Del Hombre y Del Ciudadano Según La Ley Natural*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais*. Coimbra: Coimbra, 2006.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução de L. Cabral de Moncada. Coimbra: Antônio Amado, 1979.

RAPOZO, Joana Tavares da Silva. *Limites do Princípio da Solidariedade na Instituição de Contribuições Sociais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Giovanni. *Para Uma Nova Interpretação de Platão*. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2004.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. *Introdução à Filosofia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

REALLE, Miguel. *Nova Fase do Direito Moderno*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

RESTA, Elígio. *O Direito Fraterno*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz: EDUNISC, 2004.

REVEL, Jean-François. ***O Estado e o Indivíduo***. Conferência pronunciada na Federação do Comércio do Estado de São Paulo, SESC-SENAC. In Biblioteca “*Desafio da Transição*”, 1985.

RIBEIRO, Renato Janine. ***A Política e o Bem Comum***. In NEUTZLING, Inácio (org.). *Bem Comum e Solidariedade*. São Leopoldo. Editora Unisinos, 2003.

RINELLA, Angelo. ***Il Principio di Sussidiarietà: Definizioni, Comparazioni e Modello D’analisi***. In: RINELLA, Angelo; COEN, Leopoldo; SCARCIGLIA, Roberto (Org.). *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali: esperienze a confronto*. Padova: CEDAM, 1999.

RIVERO, Jean. ***Les Libertés Publiques, I. Les Droits de l’Homme***. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ROBERT, Eric. ***La Subsidiarité: Principe Juridique et Concept Politique***. *Revue Hellenique de Droit International*, Atenas, n. 48, 1995.

ROBESPIERRE, Maximilien François Marie Isidore de. ***Discours sur La Constitution. Convention Nationale***, sessão de 10.05.1793, *Moniteur Universal*, 13.05.1793.

RORTY, Richard. ***Contingency, Irony and Solidarity***. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

ROSS, Alf. ***Direito e Justiça***. São Paulo: Edipro, 2003.

ROUSSEAU, Jean -Jaques. Rousseau. ***Discurso sobre a Origem e os Fundamentos das Desigualdades***. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&MPocket, 2011.

ROUSSEAU, Jean -Jaques. Rousseau. ***O Contrato Social. Versão digital***. <http://www.cfih.ufsc.br/~wfil/contrato.pdf>, acesso em 16- 01-2013.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. ***Emílio ou da educação***. Livro V. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1968. p.60-2 apud PILETTI, C. & PILETTI N. História da educação. 7. ed. São Paulo: Ática, 1997.

ROVAN, Joseph. ***Como Tornar-se um Cidadão da Europa. Primeiro os Deveres, Depois os Direitos***, para a qual remetemos o leitor (<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>, acesso em 25/03/2013).

ROZNAI, Yaniv. In *etheses.Ise.ac.uk*, cesso em 04-03-2019.

RUSCHEL, Caroline Vieira. ***O Dever Fundamental de Proteção Ambiental***. In *Direito & Justiça*. Vol. 33. Porto Alegre: Direito & Justiça, nº 2. Dez-2007.

RUSSOMANO, Mozart Victor. ***Curso de Previdência Social***. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

SACFF, Fernando Facury. *Sentenças Aditivas, Direitos Sociais e Reserva do Possível*. SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano (Orgs.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SALDANHA, Nelson. *Ordem e Hermenêutica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SALMON, Jean. *Dictionnaire de Droit International Public*. Bruylant: Bruxelles, 2001.

SAMPAIO, Marcelo Freire. *Reflexos da Reforma do CPC no Processo do Trabalho*. São Paulo: Editora Método, 2007.

SANDEL, Michael J. *Contra a Perfeição*. Tradução de Ana Carolina Mesquita. 1ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SANDEL, Michael J. *O que o Dinheiro não Compra: Limites Morais do Mercado*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTO AGOSTINHO. *A Cidade de Deus*. Part.I. 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2012.

SANTO AGOSTINHO. *Confissões*. Liv I, Cap.I, 28ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2015.

SANTO AGOSTINHO. *De Civitate Dei*. 1483. Liv, XI, XV, XVIII, XIX e XXII.

SANTOS SOMBRA, Thiago Luís. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Jurídico-Privadas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.

SÃO TOMÁS DE AQUINO, in *Sententiarum Magistri Petri Lombardi Expositio*, IV, d. 19, q.2.a.2, ad 1.

SÃO TOMÁS DE AQUINO, in *Summa Teológica*. 1265 – 1273. 2-2, q.58, a, 9 ad 3.

SÃO TOMÁS DE AQUINO. *La Monarquia*. Tradución y notas de Laureano Robles y Ángel Chueca. 4ª ed., Libro 1, AP. 3 a 6. Madrid: Editora Tecnos, 2007.

SÃO TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*. Tradução de Alexandre Corrêa. Segunda Parte. Ed. Bilingue. Porto Alegre/Caxias do Sul: Livraria Sulina, 1980.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *A Constituição Concretizada: constituindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: Construindo uma Compreensão Jurídico-Constitucional Necessária e Possível*. In

SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Dimensões da Dignidade Humana: Ensaios Filosóficos do Direito e do Direito Constitucional*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Human Dignity in the Brazilian Constitutional Order*. In VERLAG, Franz Steiner; BRUGGER, Winfried. Human Dignity as a Foundation of Law. Stuttgart: Nomos, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SARTRE, Jean-Paul. *L'Être et le Néant*. Paris, Editora Gallimard, 1994.

SATURNINO BRAGA, Antônio Frederico. *Kant, Rawls e o Utilitarismo: Justiça e Bem na Filosofia Política Contemporânea*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011.

SATURNINO BRAGA, Antônio Frederico; SATURNINO BRAGA, Roberto. *Positivismo e Construtivismo*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2014.

SCHASCHING, J.N. *Subsidiariedade: Conceito Chave da Europa*. Brotéria, nº 136, Braga, 1993.

SCHMIDTT, Carl. *Über Grundpflichten*. Der Staat, 14 (1975), https://issuu.com/jbfb/docs/carl_schmitt_george_schwab_tracy.

SCHMITT, Carl. *La valeur de l'État et La signification de l'individu* (1914). Edição de Sandrine Baume: Genév: Librairie Droz, 2003.

SCHMITT, Carl. *O Nomos da Terra no Direito das Gentes e do Jus Publicum Europaeum*. Tradução de Alexanadre Franco de Sá, Bernardo Ferreira, José Maria Arruda e Pedro Hermílio Villas Bôas Castero Branco. 1ª ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2014.

SCHMITT, Carl. *Teoria de La Constitución*. Tradução espanhola de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Universidad Textos, 2003.

SCHMITT, Carl. *Teoria de la Cosntituición* (1928). Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2001.

SCHOPENHAUER, Arthur. *O Mundo como Vontade e Representação*. Tradução de M.F.Sá Correia. 5ª reimpressão. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001.

SCHURÉ, Édouard. *Os grandes Iniciados*. Tradução de Júlia Vidili. São Paulo: Madras, 2005.

SEGADO, Francisco Fernandez. *La Solidariedad como Principio Constitucional*. In Revista Teoría y Realidad Constitucional, nº 20, 2012.

SEGAN, Carl. *As Regras do Jogo. Bilhões e Bilhões*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

SEGOVIA, Juan Fernando. *El personalismo, da modernidad a pos-modernidad. Individualismo y Reflexividade*. Num. 463-464. Verbo: Madrid, 2008.

SEGOVIA, Juan Fernando. *Legitimidad y Bien Común: La Tarea del Gobernante*. In Miguel Ayuso Ed. *El Bien Común: Questiones Actuales e Implicaciones Político-Jurídicas*. Madrid: Fundación Elias de Tejada, 2013.

SÊNECA. *Aprendendo a Viver*. Tradução de Lúcia Sá Rebello e Ellen Itanajara Neves Vranas. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2007.

SÊNECA. *Sobre a Brevidade da Vida*. Tradução de Lúcia Sá Rebello, Ellen Itanajara Neves Vranas e Gabriel Nocchi Macedo. Porto Alegre: L&MPochet, 2007.

SILVERS, R.B.; SPTEIN, B.; e ENDERMAN, R.S. *The New York Review of Books*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional* (1928). Tradução de José Maria Benyto Pérez. Madrid: 1985.

SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Tradução de Luíz João Baraúna. 1ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Atlas, 2002.

SÓFOCLES. *Antígona*. Tradução de Donaldo Schüller. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2011.

SOUZA Júnior, César Saldanha. *Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos*. Tese para Concurso de Professor Titular junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Porto Alegre: novembro/2002.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2005.

STUART MILL, John. *Sobre a Liberdade*. Tradução de Pedro Madeira. Lisboa: Edições 70, 2006.

- TAIAR, Rogério. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: MP Editora, 2010.
- THOMÁS MORUS. *A Utopia*. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&MPocket, 2010.
- TIEDMANN, Paul. *Human Dignity as an Absolute Value*. In VERLAG, Franz Steiner; BRUGGER, Winfried. *Human Dignity as a Foundation of Law*. Stuttgart: Nomos, 2013.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracia y Pobreza: Memoria sobre el Pauperismo*. Madrid: Trotta, 2003.
- TORRES, Ricardo Lobio. *Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos*. In TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- TORRES, Ricardo Lobo. *A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade*. In TORRES, Ricardo Lobo (Org.) *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- TURCO, Giovane. *Bien Común y Representación Política*. In Miguel Ayuso Ed. *El Bien Común: Questiones Actuales e Implicaciones Político-Jurídicas*. Madrid: Fundación Elias de Tejada, 2013.
- ULLATE FABO, José Antônio. *La Historia de La Hispanidd a la Luz del Bien Común*. In Miguel Ayuso. ed. *El Bien Común: Questiones Actuales e implicaciones político-jurídicas*. 1ª ed. Madrid: Fundación Elias de Tejada, 2013.
- VENTURINI, Augusto. *Los Fundamentos Científicos de la Seguridad Social*. Colección Seguridad Social, nº 12. Madrid: *Ministerio del Trabajo y Seguridad Social*, 1994.
- VERLAG, Franz Steiner; BRUGGER, Winfried. *Human Dignity as a foundation of Law*. Stuttgart: Nomos, 2013,
- VIANA LOPES, Júlio Aurélio. *A Invasão do Direito: a Expansão Jurídica sobre o Estado, o Mercado e a Moral*. São Paulo: FGV Editora, 2005.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- VILLEY, Michel. *Cours d'Histoire de la Philosophie du Droit*. Fasc. 4. Paris: Paris Ed., 1964.
- VIREIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. V. I, 4ª ed., rev. Coimbra: Coimbra, 2007.

- VITÓRIA, Francisco. *Francisco de Vitória e os Direitos dos Índios Americanos*. Apud RUIZ, Rafael, in *De Indis e De Jure Belli Relectiones*. São Paulo: Editora Instituto Brasileiros de Filosofia e Ciência Raimundo Lúlio, 2004.
- VOLTAIRE (François Marie Arouet). *Tratado Sobre a Tolerância*. Tradução William Lagos. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2011.
- VON HUMBOLDT, WILHELM. *Os Limites da Acção do Estado*. Porto: Coleção Resjurídica, 1990.
- WARAT, Luis Alberto. *Direito e Linguagem*. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995.
- WEBER, Thadeu. *Ética e Filosofia Política: Hegel e o Formalismo Kantiano*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.
- WIDOW, José Luis. *Dos Tentaciones: La Descomposición y El Sobrenaturalismo Del Bien. Ensayo sobre El catolicismo, El liberalismo e El socialismo*. In Miguel Ayuso Ed. *El Bien Comum: Questiones Actuales e Implicaciones Político-Jurídicas*. Madrid: Fundación Elias de Tejada, 2013.
- www.filosofiaparatodos.com.br, acesso em 23 de abril de 2019.
- ZACCARIA, Giuseppe. *Diritto Positivo e Positivà del Diritto*. Torino: Giappichei, 1991.